

المفاتيح
مع
بداية المبتدئ

تأليف

شيخ الإسلام برهان الدين

أبي الحسن علي بن أبي بكر بن عبد الجليل

الرحماني المرقيني

الطبعة ١٩٣٣ مصرية

في القلعة على مذهب الإمام الأعظم أبي حنيفة النعمان

المَهْدِيَّاتُ سَمْعُ بَدَايَةِ الْمَبْتَدِئِ

تأليف

شيخ الإسلام برهان الدين

أبي الحسن علي بن أبي بكر بن عبد الجليل

الرشداني المرعشاني

الطبعة ٩٣ هـ

في الفقه على مذهب الإمام الأعظم أبي حنيفة العماني

الجزء الثالث

الطبعة الأخيرة

مكتبة مطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده بمصر
محمود نصار الحلبي وشركاه - خلفاء

مَنْ يُرِدِ اللَّهَ بِخَيْرٍ يُفَقِّهُهُ فِي الدِّينِ

(حديث شريف)

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

كتاب الشركة

(الشركة : عبارة) لأنه صلى الله عليه وسلم بعث والناس يتعاملون بها فقررهم عليه :
قال (الشركة ضربان : شركة أملاك ، وشركة عقود ، فشركة الأملاك : العين يرثها
رجلان أو يشتريانها ، فلا يجوز لأحدهما أن يتصرف في نصيب الآخر إلا بإذنه ، وكل واحد
منهما في نصيب صاحبه كالأجنبي) وهذه الشركة تتحقق في غير المذكور في الكتاب ،
كما إذا اتهم رجلان عينا أو ملكاها بالاستيلاء أو اختلط مالهما مع غير صنع أحدهما أو
بخلطهما خلطاً يمنع التمييز رأساً أو إلا يخرج ، ويجوز بيع أحدهما نصيبه من شريكه في جميع
الصور ومن غير شريكه بغير إذنه إلا في صورة الخلط والاختلاط فإنه لا يجوز إلا بإذنه ،
وقد بينا الفرق في كفاية المنتهى .

(والضرب الثاني : شركة العقود ، وركنها الإيجاب والقبول . وهو أن يقول أحدهما
شاركك في كذا وكذا ، ويقول الآخر قبلت) وشرطه : أن يكون التصرف المعقود عليه
عقد الشركة قابلاً للوكالة ليكون ما يستفاد بالتصرف مشتركاً بينهما فيتحقق حكمه المطلوب
منه (ثم هي أربعة أوجه : مفاوضة وعنان وشركة الصنائع وشركة الوجوه . فأما شركة
المفاوضة : فهي أن يشترك الرجلان فيساويان في مالهما وتصرفهما ودينهما) لأنها شركة

حاملة في جميع التجارات يفوتض كل واحد منهما أمر الشركة إلى صاحبه على الإطلاق إذ هي من المساواة . قال قائلهم .

لا يصلح الناس فوضى لا أسرة لهم ولا سراة إذا جهلهم سادوا
أى مساويين فلا بد من تحقيق المساواة ابتداء وانتهاء ، وذلك في المال ، والمراد به ما تصح للشركة فيه ، ولا يعتبر التفاضل فيها لا يصح الشركة فيه ، وكذا في التصرف لأنه لو ملك أحدهما تصرفاً لا يملك الآخر لفات التساوى ، وكذلك في الدين لما نبين إله شاء الله تعالى ، وهذه الشركة جائزة عندنا استحساناً وفي القياس لا يجوز ، وهو قول الشافعي رحمه الله . وقال مالك رحمه الله : لا أعرف ما المفاوضة . وجه القياس أنها تضمنت الوكالة بمجهول الجنس والكفالة بمجهول وكل ذلك بانفراده فاسد . وجه الاستحسان قوله عليه الصلاة والسلام فإنه أعظم للبركة ، وكذا الناس يعاملونها من غير تكبر وبه يترك القياس ، والجهالة محتملة تماماً فه المصاربة (ولا تتعقد إلا بلفظة المفاوضة) لبعد شرائطها عن علم العوام ، حتى لو يتنازع ما تقتضيه تجوز لأن المتبر هو المعنى .

قال (فتجوز بين الحرين الكبيرين مسلمين أو ذميين لتحقيق التساوى ، وإن كان أحدهما كتابياً والآخر مجوسياً تجوز أيضاً) لما قلنا (ولا تجوز بين الحر والمملوك ولا بين الصبي والبالغ) لانعدام المساواة لأن الحر البالغ يملك التصرف والكفالة ، والمملوك لا يملك واحداً منهما إلا بإذن المولى ، والصبي لا يملك الكفالة ولا يملك التصرف إلا بإذن الولي ؛ قال (ولا بين المسلم والكافر) وهذا قول أبي حنيفة وعمره رحمهما الله . وقال أبو يوسف رحمه الله : يجوز للتساوى بينهما في الوكالة والكفالة ولا معتبر بزيادة تصرف يملكه أحدهما كالمفاوضة بين الشافعي والحنفي فإنها جائزة وبتفاوتان في التصرف في متروك التسمية إلا أنه يكره لأن الذمي لا يهتدى إلى الجائز من العقود . ولهما أنه لا تساوى في التصرف ، فإن الذمي لو اشترى برأس المال خوراً أو خنازير صبح ، ولو اشترى مسلم لا يصح (ولا يجوز بين المبددين ولا بين الصبيين ولا بين المكاتبين) لانعدام صفة الكفالة . وفي كل موضع لم تصح المفاوضة لفقد شرطها ، ولا يشترط ذلك في العنان كان عتاقاً لاستتباع شرائط العنان إذ هو قد يكون خاصاً وقد يكون عاماً .

قال (وتنقد على الوكالة والكفالة) أما الوكالة فلتحقق المقصود وهو الشركة في المال على ما يهتد ، وأما الكفالة فلتحقق المساواة فيها هو من مواجب للتجارات وهو توجه للطائفة نحوها جميعاً .

قال (وما يكتريه كل واحد منهما يكون على الشركة إلا طعام أهله وكسوتهم) وكلا كسوه وكلا الإدام ، لأن مقتضى القصد المساواة وكل واحد منهما قائم مقام صاحبه في التصرف وكان شراء أحدهما كشرائهما إلا ما استثناء في الكتاب . وهو استحسان لأنه مستثنى عن المناقضة للضرورة ، فإن الحاجة الراتبية معلومة الوقوع ، ولا يمكن إيجابه على صاحبه ولا التصرف من ماله ، ولا بد من الشراء فيختص به ضرورة . والقياس أن يكون على الشركة لا يينا (ولما كان أن يأخذ بأحد أيهما شاء) المشتري بالأصالة وصاحبه بالكفالة ويرجع الكفيل على المشتري بحصته مما أدى لأنه قضى دينا عليه من مال مشترك بينهما .

قال (وما يلزم كل واحد منهما من الدين بدلا عما يصح فيه الاشتراك فالآخر ضامن له) تحقيقا للمساواة ، لما يصح فيه الاشتراك : الشراء والبيع والاستئجار ، ومن القسم الآخر الجنابة والتكاح والخلع والصلح مع دم المصد وعن النفقة .

قال (ولو كفل أحدهما بمال من أجنبي لزم صاحبه عند أبي حنيفة رحمه الله . وقالا : لا يلزمه) لأنه تبرع ، ولهذا لا يصح من العبي والعهد المأذون والكتاب ولو صدر من المريض يصح من الثلث وصور كالإكراس والكفالة بالنفس . ولأبي حنيفة رحمه الله : أنه تبرع ابتداء ومعاوضة بقاء لأنه يستوجب الضمان بما يؤدي عن المكفول عنه إذا كانت الكفالة بأمره فبالنظر إلى البقاء تنطقت المناقضة ، وبالنظر إلى الابتداء لم تصح من ذكره ، وتصح من الثلث من المريض بخلاف الكفالة بالنفس لأنها تبرع ابتداء وانتهاء . وأما الإكراس فمن أبي حنيفة رحمه الله أنه يلزم صاحبه ولو سلم فهو إعادة فيكون ملظها حكم حينها لا حكم البدل حتى لا يصح فيه الأجل ، فلا يتحقق معاوضة ، ولو كانت الكفالة جنير أمره لم تلزم صاحبه في الصحيح لانعدام معنى المناقضة ، ومطلق الجواب في الكتاب معمول على القيد ، وضمان النصب والاستهلاك بمنزلة الكفالة عند أبي حنيفة رحمه الله : لأنه معاوضة انتهاء .

قال (فإن وُثِرَ أحدهما ما لا يصح فيه الشركة أو وهب له ووصل إلى يده بطلت المناقضة وصارت حنفا) لقوات المساواة فيما يصلح رأس المال إذ هي شرط فيه ابتداء وبقاء ، ولهذا لأن الآخر لا يشاركه فيما أصابه لانعدام السبب في حقه إلا أنها تغلب على الحنفا للإمكان لأن المساواة ليست بشرط فيه ولو نواه حكم الابتداء لكونه غير لازم (فإن وُثِرَ أحدهما عرضا فهو له ولا تفسد المناقضة) وكلا الطار لأنه لا تصح فيه الشركة فلا تشترط المساواة فيه .

فصل

(ولا تتخذ الشركة إلا بالدرهم والدنانير والفلوس الناقصة) وقال مالك رحمه الله :
تجوز بالعروض والمكيل والموزون أيضا إذا كان الجنس واحدا ، لأنها عقدت على رأس
مال معلوم فأشبهه التقود بخلاف المضاربة لأن القياس يأبأها لما فيها ربح ما لم يضمن
فيقتصر على مورد الشرع . ولنا أنه يؤدي إلى ربح ما لم يضمن لأنه إذا باع كل واحد
منهما رأس ماله وتفاضل الثمن ، فما يستحق أحدهما من الزيادة في مال صاحبه ربح
ما لم يملك . وما لم يضمن بخلاف الدرهم والدنانير لأن ثمن ما يشتريه في ذمته ، إذ هي
لا تتعين فكان ربح ما يضمن ، ولأن أول التصرف في العروض البيع وفي التقود الشراء
وبيع أحدهما ماله على أن يكون الآخر شريكا في ثمنه لا يجوز ، وشراء أحدهما شيئا بماله
على أن يكون المبيع بينه وبين غيره جائز ، وأما الفلوس الناقصة فلأنها تروج رواج الأثمان
فألحقت بها ، قالوا هذا قول محمد رحمه الله ، لأنها ملحقة بالتقود عنده حتى لا تتعين
بالعين ، ولا يجوز بيع اثنين بواحد بأعيانها على ما عرف ، أما عند أبي حنيفة وأبي يوسف
رحمهما الله فلا تجوز الشركة والمضاربة بها لأن ثمنيتها تبدل ساعة فساعة وتبصر سلعا ،
وروى عن أبي يوسف رحمه الله : مثل قول محمد رحمه الله والأول أقيس وأظهر ، وعن
أبي حنيفة رحمه الله صحة المضاربة بها .

قال (ولا تجوز الشركة بما سوى ذلك إلا أن يتعامل الناس بالنبر) والنفرة فتصح
الشركة بهما هكذا ذكر في الكتاب (وفي الجامع الصغير : ولا تكون المفاوضة بمقابل ذهب
أو فضة) ومراده النبر ، فعلى هذه الرواية النبر سلعة تتعين بالتعين فلا تصلح رأس
المال في المضاربات والشركات . وذكر في كتاب الصرف أن النفرة لا تتعين بالتعين حتى
لا يفسخ العقد بهلاكه قبل التسليم ، فعلى تلك الرواية تصلح رأس المال فيها ، وهذا
لما عرف أنهما خلقا ثمين في الأصل إلا أن الأول أصبح لأنها وإن خلقت للتجارة في الأصل
لكن النية تختص بالضرب المخصوص ، لأن عند ذلك لا تصرف إلى شيء آخر ظاهرا ،
إلا أن يجري التعامل باستعمالهما ثمنا فيزيل التعامل بمنزلة الضرب فيكون ثمنا ويصلح رأس
المال ، ثم قوله ولا تجوز بما سوى ذلك يتناول المكيل والموزون والعندي المتقارب ،
ولا يختلف فيه بيننا قبل الخلط ولكل واحد منهما ربح متاعه وعليه ضيعته ، وإن غلطا
ثم اشتركا فكذلك في قول أبي يوسف رحمه الله والشركة شركة ملك لشركة عقد . وعند

محمد رحمه الله تصبح شركة العقد، وثمرة الاختلاف تظهر عند التساوى في المالين واشترائط التفاضل في الربح، فظاهر الرواية ما قاله أبو يوسف رحمه الله لأنه يتعين بالتعين بعد الخلط كما تعين قبله : ولمحمد رحمه الله أنها ثمن من وجه حتى جاز البيع بها ديناً في اللمة ومبيع مع حيث إنه يتعين بالتعين فعملنا بالشبهين بالإضافة إلى الحالين ، بخلاف العروض لأنها ليست ثمنًا بحال ، ولو اختلفا جنسًا كالحنطة والشعير والزيت والجمي فخلط لا تتخذ الشركة بها بالاتفاق. والفرق لمحمد رحمه الله أن المخلوط من جنس واحد من ذوات الأمثال ومع جلسين من ذوات الأمثال ومن جنسين مع ذوات القيم فتمكن الجهالة كما في العروض ، وإذا لم تصبح الشركة فحكم الخلط قد بيناه في كتاب القضاء .

قال (وإذا أرادا الشركة بالعروض باع كل واحد منهما نصف ماله بنصف مال الآخر ثم عقدا للشركة) . قال رضي الله عنه (وهذه شركة ملك) لما بينا أن العروض لا تصلح رأس مال الشركة ، وتأويله إذا كان قيمة متاعهما على السواء ولو كان بينهما تفاوت يبيع صاحب الأقل بقدر ما تثبت به الشركة .

قال (وأما شركة العنان فتتخذ على الوكالة دون الكفالة وهي أن يشترك اثنان في نوع بر أو طعام أو يشتركان في عوم التجارات ولا يذكران الكفالة) وانعاده على الوكالة لتحقق مقصوده كما بيناه ولا تتخذ على الكفالة لأن اللفظ مشتق من الأعراض يقال من له: أى عرض ، وهذا لا ينبئ عن الكفالة وحكم التصرف لا يثبت بخلاف مقتضى اللفظ (ويصح التفاضل في المال) للحاجة إليه وليس من قضية اللفظ المساواة (ويصح أن يتساويا في المال ويتفاضلا في الربح) وقال زفر والشافعي رحمهما الله: لا يجوز ، لأن التفاضل فيه يؤدي إلى ربح مالم يضمن فإن المال إذا كان نصفين والربح أثلاثا فصاحب الزيادة يستحقها بلا ضمان إذ الضمان بقدر رأس المال ولأن الشركة عندهما في الربح للشركة في الأصل ، ولهذا يشترطان الخلط فصار ربح المال بمنزلة تمام الأعيان فيستحق بقدر الملك في الأصل . ولنا قوله صلى الله عليه وآله وسلم : الربيع على ما شرطنا والوسيلة على قدر المالين ، ولم يفصل ولأن الربيع كما يستحق بالمال يستحق بالعمل كما في المضاربة ، وقد يكون أحدهما أحق وأعلى وأكثر عملاً وأقوى فلا يرضى بالمساواة فست الحاجة إلى التفاضل ، بخلاف اشتراط جميع الربيع لأحدهما ، لأنه يخرج العقد به من الشركة ، ومن المضاربة أيضاً لأنه قرض باشرطه للعامل أو إلى بضاعة باشرطه لرب المال ، وهذا العقد يشبه المضاربة من

حيث إنه يصل في مال الشريك ، ويشبه الشركة اسما وعملا فإنها يصلان فصلنا بهبه المضاربة وقتنا يصح اشتراط الربيع من غير ضمان ويشبه الشركة حتى لا تبطل باشتراط العمل عليها .

قال (ويعجز أن يقدم كل واحد منهما ببض ماله دون البعض) لأن المساواة في المال ليست بشرط فيه إذ النقط لا يقتضيه (ولا يصح إلا بما بينا) أن المناوضة تصع به الوجه الذي ذكرناه (ويعجز أن يشتركا ومن جهة أحدهما دنائير ومن الآخر دراهم ، وكذا من أحدهما دراهم بيض ومن الآخر سود) وقال زفر والشافعي رحمهما الله : لا يجوز ، وهذا بناء على اشتراط الخلط وعدمه فإن عتصما شرط ولا يتحقق ذلك في مختلفي الجنس وسنبيه مع بعد إن شاء الله تعالى .

قال (وما اشتراه كل واحد منهما للشركة طوبى بتمه دون الآخر) لما بينا أنه يتضمن الوكالة دون البكفالة والوكيل هو الأصل في الحقوق .

قال (ثم يرجع على شريكه بحصته منه) معناه إذا أدى من مال نفسه لأنه وكيل من جهة في حصته فإذا نقد من مال نفسه يرجع عليه فإن كان لا يعرف ذلك إلا بقوله فعليه الحجة لأنه يدمي وجوب المال في ذمة الآخر وهو ينكر والقول المنكر مع عينه .

قال (وإذا هلك مال الشركة لم أحد المالكين قبل أن يشتريا شيئا بطلت الشركة) لأن المفقود عليه في عقد الشركة المال فإنه يتعين فيه كما في الهبة والوصية وبهلاك المفقود عليه يبطل العقد كما في البيع ، بخلاف المضاربة والوكالة المفردة لأنه لا يصعب الثمان فيهما بالتعيين وإنما يصحان بالتبض على ما عرف وهذا ظاهر بما إذا هلك المالكان وكلتا إذا هلك أحدهما لأنه ما رضى بشركة صاحبه في ماله إلا يشركه في ماله ، فإذا فات ذلك لم يكن راضيا بشركه فيبطل العقد لعدم فائدته وأيهما هلك هلك من مال صاحبه إن هلك في يده فظاهر ، وكلتا إذا كان هلك في يد الآخر لأنه أمانة في يده بخلاف ما بعد الخلط حيث يهلك على الشركة لأنه لا يتميز فيجعل المالك من المالكين (وإن اشترى أحدهما بماله وهلك مال الآخر قبل الشراء فالمشترى بينهما على ما شرطنا) لأن الملك حين وقوعه مشترك بينهما فقيام الشركة وقت الشراء ، فلا يتغير الحكم بهلاك مال الآخر بعد ذلك ، ثم الشركة شركة عقد عند محمد رحمه الله خلافا للحسن بن زياد حتى أن أيهما باع جاز بيده لأن الشركة قد تمت في المشتري فلا ينقض بهلاك المال بعد تمامها .

قال (ويرجع على شريكه بحصة من ثمنه) لأنه اشترى نصفه بوكالة ، وقد اتفق من مال نفسه وقد بيناه ، هذا إذا اشترى أحدهما بأحد المائتين أولا ثم هلك مال الآخر ، أما إذا هلك مال أحدهما ثم اشترى الآخر بمال الآخر إن صرحا بالوكالة في عقد الشركة فالمشترى مشترك بينهما على ما شرطاً ، لأن الشركة إن بطلت فالوكالة المصرح بها قائمة فكان مشتركا بحكم الوكالة ، ويكون شركة ملك ويرجع على شريكه بحصة من الثمن لما بيناه ، وإن ذكرنا مجرد الشركة ولم ينص على الوكالة فيها كان المشتري للشيء اشتراء خاصة ، لأن الوقوع على الشركة حكم الوكالة التي تضمنتها الشركة ، فإذا بطلت يبطل ما في ضمنها بخلاف ما إذا صرح بالوكالة لأنها مقصودة .

قال (ويجوز الشركة وإن لم يخلط المال) وقال زفر والشافعي رحمهما الله : لا يجوز لأن الربح فرع المال ، ولا يقع الفرع على الشركة إلا بعد الشركة في الأصل وأنه بالخلط وهذا لأن المخل هو المال ولهذا يضاف إليه ويشترط تعيين رأس المال بخلاف المضاربة لأنها ليست بشركة وإنما هو يعمل لرب المال فيستحق الربح عمالة على عمله ، أما ما بيننا من خلافه وهذا أصل كبير لما حتى يعتبر اتحاد الجنس ، ويشترط الخلط ولا يجوز التضاضل في الربح مع التساوى في المال ، ولا تجوز شركة التقبل والأعمال لانعدام المال : ولنا أن الشركة في الربح مستندة إلى العقد دون المال ، لأن العقد يسمى شركة ، فلا بد من تحقق معنى هذا الاسم فيه فلم يكن الخلط شرطاً ، ولأن الدراهم والدينارين لا يتعينان فلا يستفاد الربح برأس المال وإنما يستفاد بالتصرف لأنه في النصف أصيل وفي النصف وكيل . وإذا تحققت الشركة في التصرف بدون الخلط تحققت في المستفاد به وهو الربح بدون وصله كالمضاربة فلا يشترط اتحاد الجنس والتساوى في الربح وتصح شركة التقبل .

قال (ولا تجوز الشركة إذا شرط لأحدهما دراهم مسماة من الربح) لأنه شرط بوجبه انقطاع الشركة فضاء لا يخرج إلا قدر المسمى لأحدهما ، ونظيره في المارعة .

قال (ولكل واحد من المتناوضين وشريكي الثمن أن يضع المال) لأنه معتاد في عقد الشركة ولأنه أن يظهر على العمل والمحصل بغير عوض دونه فيملكه ، وكذا له أن يودعه لأنه معتاد ولا يبعد التجبر منه بهذا .

قال (ويدفعه مضاربة) لأنها دون الشركة فتضمنها . وعن أبي حنيفة رحمه الله أنه ليس له ذلك لأنه نوع شركة ، والأصح هو الأول وهو رواية الأصل ، لأن الشركة شهر

مقصودة وإنما المقصود تحصيل الربح كما إذا استأجره بأجر بل أولى لأنه تحصيل بدون ضمان في هذه بخلاف الشركة حيث لا يملكها لأن الشيء لا يستتبع مثله .

قال (ويوكل من يتصرف فيه) لأن التوكيل بالبيع والشراء من توابع التجارة والشركة انعقدت للتجارة ، بخلاف الوكيل بالشراء حيث لا يملك أن يوكل غيره لأنه عقد خاص طلب منه تحصيل العين فلا يستتبع مثله .

قال (ويده في المال بد أمانة) لأنه قبض المال بإذن المالك لا على وجه البدل والوثيقة فصار كالوديعة .

قال (وأما شركة الصنائع) وتسمى شركة التقبل (كالتحياطين والصباغين يشتركان على أن يتقبلا الأعمال ويكون الكسب بينهما فيجوز ذلك) وهذا عندنا . وقال زهري والشافعي رحمهما الله : لا يجوز لأن هذه شركة لا تغيد مقصودها وهو التثمين لأنه لا بد من رأس المال ، وهذا لأن للشركة في الربح تبقى على الشركة في المال على أصلهما على ما قررهنا . ولنا أن المقصود من التحصيل وهو ممكن بالتوكيل لأنه لما كان وكيلاً في النصف أصيلاً في النصف تحققت الشركة في المال المستفاد ، ولا يشترط فيه اتحاد العمل والمكان خلافاً لما لك ورغر رحمهما الله فهما لأن المعنى المجرز للشركة وهو ما ذكرناه لا يتفاوت .

(ولو شرط العمل نصفين والمال أثلاثاً جاز) وفي القياس لا يجوز ، لأن الضمان بقدر العمل فالزيادة عليه ربح مالم يضمن فلم يميز المقد لتأديته إليه وصار كشركة الوجوه ولكننا نقول ما يأخذ لا يأخذ ربحاً لأن الربح عند اتحاد الجنس وقد اختلف لأن رأس المال عمل والربح مال فكان بدل العمل والعمل يقوم بالتقويم فيقتدر بقدر ما قوم به فلا يحرم بخلاف شركة الوجوه لأن جنس المال متفق والربح يتحقق في الجنس المتفق وربح مالم يضمن لا يجوز إلا في المضاربة .

قال (وما يقبله كل واحد منهما من العمل يلزمه ويلزم شريكه) حتى أن كل واحد منهما يطالب بالعمل ويطالب بالأجر (ويبدأ الدافع بالدفع إليه) وهذا ظاهر في المفاوضة وفي غيرها استحسان ، والقياس بخلاف ذلك لأن الشركة وقعت مطلقة والكفالة مقتضى المفاوضة . وجه الاستحسان أن هذه الشركة مقتضية للضمان ، ألا ترى أن ما يقبله كل واحد منهما من العمل مضمون على الآخر ، ولهذا يستحق الأجر بسبب نفاذ تقبله عليه فجرى مجرى المفاوضة في ضمان العمل والتضامن البذل :

قال (وأما شركة الوجوه : فالرجلان يشتركان ولأمال لهما على أن يشتريا بوجوههما وبيعا فتصح الشركة على هذا) سميت به لأنه لا يشتري بالنسيئة إلا من كان له وجاعة عند الناس ، وإنما تصح مفاوضة لأنه يمكن تحقيق الكفالة والوكالة في الأبدان ، وإذا أطلقت تكون حنانا لأن مطلقه ينصرف إليه وهي جائزة عندنا بخلافه للناسي رحمه الله ، والوجه من الجانبيين ما قدمناه في شركة التقبل .

قال (وكل واحد منهما وكيل الآخر فيما يشتريه) لأن التصرف على الغير لا يجوز إلا بوكالة أو ولاية ولا ولاية فتعين الوكالة (فإن شرطاً أن المشتري بينهما نصفان والبيع كذلك يجوز ، ولا يجوز أن يتفاضل فيه : وإن شرطاً أن يكون المشتري بينهما أثلاثا فالربح كذلك) وهذا لأن الربح لا يستحق إلا بالمال أو بالعمل أو بالضمان فرب المال يستحقه بالمال والمضارب يستحقه بالعمل والأستاذ الذي يلقى العلم على التلميذ بالنصف بالضمان ولا يستحق بما سواها ، ألا ترى أن من قال لغيره تصرف في مالك على أن لي ربحه لم يجز لعلم هذه المعاني واستحقاق الربح في شركة الوجوه بالضمان على ما بينا ، والضمان على قسر الملك في المشتري وكان الربح الزائد عليه ربح مالم يضمن فلا يصح اشتراطه إلا في المضاربة والوجوه ليست في معناها بخلاف العنان لأنه في معناها من حيث إن كل واحد منهما يعمل في مال صاحبه فيلحق بها ، والله أعلم .

فصل في الشركة الفاسدة

(ولا تجوز الشركة في الاحتطاب والاصطياد وما اصطاده كل واحد منهما أو احتطبه فهو له دون صاحبه) وعلى هذا الاشتراك في أخذ كل شيء مباح لأن الشركة متضمنة مهيى الوكالة والتركيب في أخذ المال المباح باطل ، لأن أمر الموكل به غير صحيح والوكيل يملكه بدون أمره فلا يصلح نائباً عنه ، وإنما يثبت الملك لهما بالأخذ وإحراز المباح ، فإن أخذه معا فهو بينهما نصفان لاستوائهما في سبب الاستحقاق ، وإن أخذه أحدهما ولم يعمل الآخر شيئاً فهو للعامل ، وإن عمل أحدهما وأعان الآخر في عمله بأن قلعه أحدهما وجمعه الآخر أو قلعه وجمعه وحمله الآخر فلمعين أجر المثل بالغاء ما بلغ عند محمد . وعند أبي يوسف رحمه الله لا يجاوز به نصف ممن ذلك وقد عرف في موضعه .

قال (وإذا اشتركا ولأحدهما بطل وللآخر رابوة يستحق عليها الماء فالكسب بينهما لم تصح الشركة ، والكسب كله الذي استحق ، وعليه أجر مثل الراوية إن كان العامل

صاحب البخل ، وإن كان صاحب الراوية عليه أجر مثل البخل (أما فساد الشركة فلا تقاضا على إخراج المخرج وهو المالك ، ولما وجوب الأجر فلا بد المالك إذا صار ملكا للمعز وهو المستحق وقد استوفى منافع ملك الغير وهو البخل أو الراوية بهذا فساد فيزومه أجرة (وكل شركة فاسدة فالمرجح فيها على قدر المال ويطل شرط الفاضل) لأن المخرج فيها تابع المال فيقدر بقدره ، كما أن المخرج تابع للبخل في المزاولة والزيادة إنما تستحق بالتقسيم وقد فسدت فيبقى الاستحقاق على قدر رأس المال (وإذا مات أحد الشريكين أو ولده ولحق بغير الحرب بطلت الشركة) لأنها تتضمن الوكالة ، ولا بد منها لتحق الشركة على معاير ، والوكالة تبطل بالموت وكذا بالاستحقاق مرتدا إذا قضى القاضي بفسادها ، لأنه بمنزلة الموت على ما بيناه من قبل ، ولا فرق بينا إذا علم الشريك بموت صاحبه أو لم يعلم لأنه عزل حكى ، وإذا بطلت الوكالة بطلت الشركة بخلاف ما إذا نسخ أحد الشريكين الشركة وعال الشركة دواهم ودنايهم حيث يوقف على علم الآخر لأنه عزل قصدي ، والله أعلم .

فصل

(وليس لأحد الشريكين أن يؤدي زكاة مال الآخر إلا بإذنه) لأنه ليس من جنس التجارة (فإن أذن كل واحد منهما لصاحبه أن يؤدي زكاته ، فإن أدى كل واحد منهما فالحال ضامن علم بأداء الأوك أو لم يعلم) وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله . وقالوا : لا يضمن إذا لم يعلم ، وهذا إذا أدى على الغائب ، أما إذا أدى معا ضمن كل واحد منهما نصيب صاحبه ، وعلى هذا الاختلاف للمأمور بأداء الزكاة إذا تصديق على الفقير بعد ما أدى الأمر بنفسه : لما أنه مأمور بالتكليف مع الفقير وقد أتى به فلا يضمن للموكل ، وهذا لأن فوضه إليك لا وفوضه زكاة لطفه بنية الموكل وإنما يطلب منه ما في وسعه وصار كالأمور ببيع دم الإحصار إذا فسخ بعد ما زال الإحصار وسج الأمر لم يضمن للمأمور علم أولا ولا ولاي حنيفة رحمه الله أنه مأمور بأداء الزكاة والمؤدي لم يقع زكاة فصار مخالفاً ، وهذا لأن المقصود من الأمر إخراج نفسه عن عبدة الواجب لأن الظاهر أنه لا يلتزم الضرر إلا لدفع الضرر ، وهذا المقصود حصل بأدائه وعرض أدائه للمأمور عنه فصار معزولا علم أو لم يعلم لأنه عزل حكى ، وأما دم الإحصار فقد قيل : هو على هذا الاختلاف ، وقيل بينهما فرق . ووجهه أن العلم ليس بواجب عليه فإنه يمكنه أن يصبر حتى يزول الإحصار ، وفي سكتنا الأداء واجب فاجهر الإنقاط مقصوداً فيه دون دم الإحصار :

قال (وإذا أذن أحد المتفاوضين لصاحبه أن يشتري جارية فبطل ما فعل فبقي له بغير شيء عند أبي حنيفة رحمه الله . وقالوا : يرجع عليه بنصف الثمن) لأنه أدى ديناً عليه خاصة من مال مشترك فيرجع عليه صاحبه بنصيبه كما في شراء الطعام والكسوة ، وهذا لأن الملك واقع له خاصة والتمن بمقابلة الملك . وله أن الجارية دخلت في الشركة على البنات جبراً على مقتضى الشركة إذ هما لا يملكان تغييره فأشبه حال عدم الإذن ، غير أن الإذن يضمن حبة نصيبه منه لأن الرطوء لا يجل إلا بالملك ، ولا وجه لى إثباته بالبيع لما بينا أنه يخالف مقتضى الشركة فأثبتناه بالمبة الناتجة في ضمن الإذن بخلاف الطعام والكسوة لأن ذلك مستثنى عنها للضرورة ، فيقع الملك له خاصة بنصف العقد فكان مؤدياً ديناً عليه من حال الشركة . وفي مستثنى قضى ديناً عليهما لما بينا (والبايع أن يأخذ بالتمن أيهما شاء بالائتاق) لأنه دين وجب بسبب التجارة والمفاوضة تضمنت الكفالة فصار كالطعام والكسوة .

كتاب الوقف

قال أبو حنيفة رحمه الله : (لا يزول ملك الواقف عن الوقف إلا أن يحكم به الحاكم أو يحلفه بموته فيقول : إذا مت فقد وقفت دارى على كذا) : وقال أبو يوسف (يزول ملكه بمجرد القول . وقال محمد : لا يزول حتى يجعل للوقف ولياً ويسلمه إليه) . قال رضي الله عنه : الوقف لغة : هو الحبس ، تقول وقفت الثابة وأوقفتها بمعنى ، وهو في الشرع عند أبي حنيفة رحمه الله : حبس العين على ملك الواقف والتصدق بالمنفعة بمنزلة الطرية ، ثم قيل المنفعة معلومة فالتصدق بالمعلوم لا يصح فلا يجوز الوقف أصلاً عنه وهو المفطور على الأصل ، والأصح أنه جائز عنه إلا أنه غير لازم بمنزلة العارية . وعندنا حبس العين على حكم ملك الله تعالى فيزول ملك الواقف عنه إلى الله تعالى على وجه تعود منعه إلى العباد فيلزم ، ولا يباع ولا يرهب ولا يورث والقطب ينضمهما والقرجيج بالدليل . لما قول النبي صلى الله عليه وسلم لمرحبن أراد أن يتصدق بأرض له تدعى ثمن : « تصدق بأصلها لا يباع ولا يورث ولا يوهب » ولأن الحاجة ماسة إلى أن يلزم الوقف من ليس ثوابه إليه على الثواب وقد أمكن دفع حاجته باستقاط الملك وجعله لله تعالى إذ له ظهر في الشرع وهو المسجد فيجعل كل ذلك : ولأبي حنيفة رحمه الله قوله عليه الصلاة والسلام

« لا حبس عن فرائض الله تعالى . » وعن شريح : جاء محمد عليه الصلاة والسلام ببيع الحبيس ، ولأن الملك باق فيه بدليل أنه يجوز الانتفاع به زراعة وصكوى وغير ذلك والملك فيه لواقف ، ألا ترى أن له ولاية التصرف فيه بصرف غلاته إلى مصارفها ونصب القوام فيها إلا أنه تصدق بمناقصه ، فصار شبه العارية ولأنه يحتاج إلى التصديق بالثقة دائماً ولا تصدق عنه إلا بالبقاء على ملكه ، ولأنه لا يمكن أن يزال ملكه لا إلى مالك لأنه غير مشروع مع بقاءه كالتأبى بخلاف الاحتاق لأنه إتلاف وبخلاف المسجد ، لأنه جعل خالصاً لله تعالى ولهذا لا يجوز الانتفاع به ، وههنا لم ينقطع حق العبد عنه فلم يصير خالصاً لله تعالى .

قال رضى الله عنه : قال في الكتاب : لا يزول ملك الواقف إلا أن يحكم به الحاكم أو يطلقه بموته وهذا في حكم الحاكم صحيح لأنه قضاء في مجتهده فيه ، أما في تعلقه بالموت فالصحيح أنه لا يزول ملكه إلا أنه تصدق بمناقصه مؤبداً ، فيصير بمنزلة الوصية بالمنافع مؤبداً فيلزم ، والمراد بالحاكم المولى ، فأما المحكم ففيه اختلاف المشايخ . ولو وقف في مرض موته قال الطحاوى هو بمنزلة الوصية بعد الموت . والصحيح أنه لا يلزمه عند أبي حنيفة رحمه الله : وعندهما يلزمه إلا أنه يعتبر مع الثلث ، والوقف في الصحة من جميع المال وإذا كان الملك يزول عندهما يزول بالقول عند أبي يوسف ، وهو قول الشافعى بمنزلة الإحراق لأنه إسقاط الملك : وعند محمد رحمه الله : لا بد من التسليم إلى المتولى لأنه حق الله تعالى ، وإنما بنيت فيه في ضمن التسليم إلى العبد لأن التملك من الله تعالى ، وهو مالك الأشياء لا يتحقق مقصوداً ، وقد يكون تباعاً لغيره فيأخذ حكمه فينزل منزلة الزكاة والصدقة .

قال (وإذا صح الوقف على اختلافهم) وفي بعض النسخ : وإذا استحق مكان قوله وإذا صح (مخرج من ملك الواقف ولم يدخل في ملك الموقوف عليه) لأنه لو دخل في ملك الموقوف عليه لا يتوقف عليه بل يغذ به كسائر أملاكه ولأنه لو ملكه لما انتقل عنه بشرط المالك الأول ، كسائر أملاكه قال رضى الله عنه : قوله مخرج من ملك الواقف يجب أن يكون قولها على الوجه الذى سبق تقريره .

قال (ووقف المشاع جائز عند أبي يوسف) لأن القسمة من تمام القبض والقبض عنده ليس بشرط فكلما تشبه (وقال محمد رحمه الله : لا يجوز) لأن أصل القبض عنده شرط فكلما ما يتم به ، وهذا فيما يجعل القسمة وأما فيما لا يجعل القسمة فيجوز مع الشروع عند

محمد رحمه الله أيضا ، لأنه يعتبر بالمبة والصدقة المنفعة إلا في المسجد والمقبرة ، فإنه لا يتم مع الشيوع فيها لا يحتمل التهمة أيضا عند أبي يوسف لأن بقاء الشركة يمنع التخلص لله تعالى ، ولأن المهاداة فيها في غاية التصحیح بأن يقبر فيه المولى سنة ويزرع سنة ويعمل فيه في وقت ويتخذ اصطبلًا في وقت ، بخلاف الوقف لإمكان الاستغلال وقسمه الغلة ، ولو وقصه الكل ثم استحق جزء منه بطل في الباقي عند محمد رحمه الله لأن الشيوع مقارن كما في المبة ، بخلاف ما إذا رجع الواهب في البعض أو رجع الوارث في الثلثين بعد موت المريض وقد وهبه أو أوقفه في مرضه وفي المال ضيق لأن الشيوع في ذلك طارئ ؛ ولو استحق جزء مميز بعينه لم يطل في الباقي لعدم الشيوع ولهذا جاز في الابتداء ، ودلى هذا المبة والصدقة المملوكة .

قال (ولا يتم الوقف عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله حتى يجعل آخره بجهة لا تنقطع أبداً ، وقال أبو يوسف رحمه الله : إذا سمى فيه جهة تنقطع جاز وصار بعدها لفقراء وإن لم يسمهم) لما أن موجب الوقف زوال الملك بدون التملك ، وأنه يتأبد كالمتى ، فإذا كانت الجهة يتوهم انقطاعها لا يتوفر عليه مقتضاه فلهذا كان التوقيت مبطالا كالنوقيت في البيع . ولأبي يوسف رحمه الله أن المقصود هو التقرب إلى الله تعالى وهو موافق عليه لأن التقرب تارة يكون في الصرف إلى جهة تنقطع ومرة بالصرف إلى جهة تتأبد فيصح في الوجهين ، وقيل إن التأييد شرط بالإجماع إلا أن عند أبي يوسف رحمه الله لا يشترط ذكر التأييد لأن لفظة الوقف والصدقة منبئة عنه لما بينا أنه لإزالة الملك بدون التملك كالمتى ، ولهذا قال في الكتاب في بيان قوله وصار بعدها للفقراء وإن لم يسمهم وهذا هو الصحيح . وعند محمد رحمه الله ذكر التأييد شرط لأن هذا صدقة بالمنفعة أو بالغلة وذلك قد يكون مؤقتا وقد يكون موقدا فطلقه لا ينصرف إلى التأييد فلا بد من التخصيص .

قال (ويعجز وقف المقار) لأن جباة من الصحابة رضوان الله عليهم وقوه (ولا يجوز وقف ما يتقل ويحول) .

قال رضي الله عنه : وهذا على الإرسال قول أبي حنيفة رحمه الله (وقال أبو يوسف إذا وقف ضيعة يقرها وأكرتها وم عيده جاز) وكذا سائر آلات الحراة لأنه تبع للأرض في تحصيل ما هو المقصود ، وقد ثبت من الحكم تبعا ما لا يثبت مقصودا كالشرب في البيع والبناء في الوقف ؛ ومحمد رحمه الله مع فيه لأنه لما جاز لإفراد بعضي الموقوف بالوقف صفة

فلأن يجوز الوقف فيه بما أولى (وقال محمد رحمه الله : يجوز حبس الكراع والسلاح)
ومعناه وقفه في سبيل الله ، وأبو يوسف معه في كل ما قالوا وهو استحسان . والقياس أن
لا يجوز لما يبتاه من قبل . وجه الاستحسان الآثار المشهورة فيه ، منها قوله عليه الصلاة
والسلام : « وأما خالد فقد حبس أدرما وأفراسا له في سبيل الله تعالى ، وطلحة رضي الله عنه
حبس دروعه في سبيل الله تعالى » وروى : أكرامه ، والكراع الخيل : ويدخل في حكمه
الإبل لأن العرب يحاهدون عليها وكذا السلاح يحمل عليها : وعن محمد رحمه الله أنه يجوز
وقف ما فيه تعامل من المتعلقات كالنفاس والمر والقدوم والمتشار والجنابة وثيابها والقدور
والمراجل والمصاحف : وعند أبي يوسف لا يجوز لأن القياس إنما يترك بالنس ، والنس
ورد في الكراع والسلاح فيقتصر عليه . ومحمد رحمه الله يقول القياس قد يترك بالتعامل
كما في الاستصناع وقد وجد التعامل في هذه الأشياء : وعن نصير بن يحيى أنه وقف كبة
لحافاها بالمصاحف ، وهذا صحيح لأن كل واحد بمسك الدين عليها وتعلما وقرأة ، وأكثر
حقها الأضرار على قول محمد رحمه الله . وما لا تعلم فيه لا يجوز عندنا وقفه ، وقال القاضي
رحمه الله : كل ما يمكن الانتفاع به مع بقاء أصله ويجوز بيعه يجوز وقفه لأنه يمكن
الانتفاع به فأشبه المظفر والكراع والسلاح : ولنا أن الوقف فيه لا يتأبد ولا بد منه على
ما بيناه فصار كالعراهم والدنانير ، بخلاف العقار ولا معارض من حيث السمع ولا من
حيث التعامل فبقى على أصل القياس ، وهذا لأن العقار يتأبد والجهاد سنام الدين فكان
معنى القرية فيما أقوى فلا يكون غيرها في معناها .

قال (وإذا صح الوقف لم يميز بينه ولا تملكه إلا أن يكون مشاعا عند أبي يوسف
رحمه الله فيطلب الشريك القسمة فيصح مقاسمته) أما امتناع التملك فلما بينا ، وأما جواز
القسمة فلأنها تميز وإفراز ، غاية الأمر أن الغالب في غير المكيل والموزون معنى المبادلة إلا
أن في الوقف جعلنا الغالب معنى الإفراز نظرا للوقف فلم يكن بيعا وتملكها ، ثم إن وقف
نصيبه من عقار مشترك فهو الذي يقاسم شريكه لأن الولاية للواقف وبعد الموت إلى وصيه ؛
وإن وقف نصف عقار خالص له فالذي يقاسمه القاضي أو يبيع نصيبه الباقي من رجل
ثم يقاسمه المشتري ثم يشتري ذلك منه ، لأن الواحد لا يجوز أن يكون مقاسما ومقاسما ،
ولو كان في القسمة فضل دراهم إن أعطى الواقف لا يجوز لامتناع بيع الوقف ، وإن أعطى
لواقف جاز ويكون بقدر العراهم شراء .

قال (والواجب أن يجتدى ممن ارتفع الوقف بعمارته شرط ذلك الواقف أو لم يشترط) لأن قصد الواقف صرف الغلة مؤبدا ولا تبقى دائمة إلا بالعمارة فيثبت شرط العمارة اقتضاء ، ولأن الخراج بالضمان وصار كشفقة العبد الموصى بخدمته فإنها على الموصى له بها ، ثم إن كان الوقف على الفقراء لا يظفر بهم وأقرب أموالهم هذه الغلة فتحجب فيها ، ولو كان الوقف على رجل بعينه وآخره للفقراء فهو في ماله أى "مال شاء في حال حياته ، ولا يؤخذ من الغلة لأنه معين يمكن مطالبته ، وإنما يستحق العمارة عليه بقتل ما بقي الموقوف على الصفة التي وقفه وإن خرب يبني على ذلك الوصف لأنها بصفتها صارت غلتها مصروفة إلى الموقوف عليه ، فأما الزيادة على ذلك فليست بمستحقة عليه والغلة مستحقة له فلا يجوز صرفها إلى شيء آخر إلا برضاه ولو كان الوقف على الفقراء فكذلك عند البعض وعند الآخرين يجوز ذلك ، والأول أصح لأن الصرف إلى العمارة ضرورة إبقاء الوقف ولا ضرورة في الزيادة .

قال (فإن وقف دارا على سكنى ولده فالعمارة على من له السكنى) لأن الخراج بالضمان على ما مر فصار كشفقة العبد الموصى بخدمته (فإن امتنع من ذلك أو كان فقيرا أجرة الحاكم وعمرها بأجرتها ، وإذا عمرها ردها إلى من له السكنى) لأن في ذلك رعاية الحقين حق الواقف وحق صاحب السكنى ، لأنه لو لم يعمرها تفوت السكنى أصلا والأول أولى ، ولا يجبر الممتنع على العمارة لما فيه من إتلاف ماله فأشبه امتناع صاحب البئر في المزارعة فلا يكون امتناعه رضا منه بطلان حقه لأنه في حيز التردد ولا تصح إجارة من له السكنى لأنه غير مالك .

قال (وما انهدم من بناء الوقف وآلته صرفه الحاكم في عمارة الوقف إن احتاج إليه ، وإن استغنى عنه أمسكه حتى يحتاج إلى عمارته فيصرفه فيهما) لأنه لا بد من العمارة ليبقى على التأييد ، فيحصل مقصود الواقف ، فإن مست الحاجة إليه في الحال صرفها فيها وإلا أمسكها حتى لا يتعلم عليه ذلك أو أن الحاجة فيبطل المقصود ، وإن تعلم إعادة عينه إلى موضعه بيع وصرف ثمنه إلى المرة صرفا للبدل إلى مصرف المبدل (ولا يجوز أن يقسمه) يعنى التقصص (بن مستحق الوقف) لأنه جزء من العين ، ولا حق للموقوف عليهم فيه وإنما حقهم في المنافع والعين حق الله تعالى فلا يصرف إليهم غير حقهم .

قال (وإذا جعل الواقف غلة الوقف لنفسه أو جعل الولاية إليه جاز عند أبي يوسف) قال رضى الله عنه ذكر فصيلين شرط الغلة لنفسه وجعل الولاية إليه .

أما الأول فهو جائز عند أبي يوسف ، ولا يجوز على قياس قول محمد رحمه الله ، وهو قول حلال الرازي وبه قال الشافعي رحمه الله ، وقيل إن الاختلاف بينهما بناء على الاختلاف في اشتراط القبض والإفراز ، وقيل هي مسألة مبتدأة والخلاف فيها إذا شرط البعض لنفسه في حياته وبعد موته للفقراء ، وفيها إذا شرط الكل لنفسه في حياته وبعد موته للفقراء سواء ، ولو وقف وشرط البعض أو الكل لأمهات أولاده ومدبريه ماداموا أحياء ، فإذا ماتوا فهو للفقراء والمساكين فقد قيل يجوز بالاتفاق وقد قيل هو على الخلاف أيضا ، وهو الصحيح لأن اشتراطه لم في حياته كاشتراطه لنفسه .

وجه قول محمد رحمه الله أن الوقف تبرع على وجه التملك بالطريق الذي قدمناه ، فاشتراطه البعض أو الكل لنفسه يبطله ، لأن التملك من نفسه لا يتحقق فصار كالصدقة المنقذة وشرط بعض بقعة المسجد لنفسه . ولأبي يوسف رحمه الله ما روى ، أن النبي عليه الصلاة والسلام كان يأكل من صدقته ، والمراد منها صلته الموقوفة ، ولا يحمل الأكل منها إلا بالشرط فدل على صحته ، ولأن الوقف إزالة الملك إلى الله تعالى على وجه القرية على ما بيناه ، فإذا شرط البعض أو الكل لنفسه فقد جعل ما صار مملوكا لله تعالى لنفسه ، لأنه يجعل ملك نفسه لنفسه ، وهذا جائز كما إذا بنى خانا أو سقاية أو جعل أرضه مقبرة وشرط أن ينزله أو يشرب منه أو يلغ فيه ولأن مقصوده القرية وفي الصرف إلى نفسه ذلك كال عليه الصلاة والسلام نفقة الرجل على نفسه صدقة ، ولو شرط الواقف أن يستبدل به أرضا أخرى إذا شاء ذلك فهو جائز عند أبي يوسف ، وعند محمد رحمه الله الوقف جائز والشرط باطل ولو شرط اختيار نفسه في الوقف ثلاثة أيام جاز الوقف ، والشرط عند أبي يوسف ، وعند محمد رحمه الله الوقف باطل ، وهذا بناء على ما ذكرناه .

وأما فصل الولاية فقد نص فيه على قوله أبي يوسف وهو قول حلال أيضا وهو ظاهر المنحسب وذكر حلال في وقته ، وقال أقوام : إن شرط الواقف الولاية لنفسه كانت له ولاية ، وإن لم يشترط لم تكن له ولاية . قال مشايخنا : الأشبه أن يكون هذا قول محمد رحمه الله لأن من أصله أن التسليم إلى القيم شرط لصحة الوقف فإذا سلم لم يبق له ولاية فيه . ولنا أن المتولى إنما يستفيد الولاية من جهته بشرطه ، فيستحيل أن لا يكون له الولاية وغيره يستفيد الولاية منه ولأنه أقرب الناس إلى هذا الوقف فيكون أولى بولايته كمن اتخذه مسجداً يكون أولى بعبادته ونهب الموزن فيه ، وكمن أعتق عبداً كان الولاء له لأنه أقرب الناس

إليه ، ولو أن الواقف شرط ولايته لنفسه وكان الواقف غير مأمون على الوقف فللقاضي أن يزعها من يده نظراً لفقراءه ، كما له أن يخرج الوصي نظراً للصغار وكذا إذا شرط أن ليس لسلطان ولا لقاضي أن يخرجها من يده ويوليها غيره لأنه شرط مخالف لحكم الشرع ففعل .

فصل

(وإذا بنى مسجدا لم يزل ملكه عتق يفرزه عن ملكه بطريقه ويأذن للناس بالصلاة فيه فإذا صلى فيه واحد زال عند أبي حنيفة رحمه الله عن ملكه) أما الإفراز ، فلأنه لا يخلص لله تعالى إلا به ، وأما الصلاة فيه فلأنه لا بد من التسليم عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله ، ويشترط تسليم نوعه ، وذلك في المسجد بالصلاة فيه أو لأنه لما تعلق القبض بتمام تحقق المقصود مقامه ، ثم يكتفى بصلاة الواحد فيه في رواية عن أبي حنيفة وكذا عن محمد رحمهما الله ، لأن فعل الجنس متعلق فيشترط أدناه ، وعن محمد رحمه الله : أنه بشرط الصلاة بالجماعة لأن المسجد بنى لذلك في الغالب (وقال أبو يوسف : يزول ملكه بقوله جعله مسجدا) لأن التسليم عنده ليس بشرط ، لأنه إسقاط لملك العبد فيصير خالصا لله تعالى بسقوط حق العبد وصار كالإعتاق ، وقد بيناه من قبل .

قال (ومن جعل مسجدا تحت سرداب أو فوقه بيت وجعل باب المسجد إلى الطريق وحزله عن ملكه ، فله أن يبيعه وإن مات يورث عنه) لأنه لم يخلص لله تعالى لبقاء حق العبد متعلقا به ، ولو كان السرداب لمصالح المسجد جاز كما في مسجد بيت المقدس ، وروى الحسن عنه أنه قال إذا جعل السفلى مسجدا وعلى ظهره مسكن فهو مسجد لأن المسجد مما يتأبد وذلك يتحقق في السفلى دون العلو ، وعن محمد رحمه الله على عكس هذا لأن المسجد محظوم وإذا كان فوقه مسكن أو مستغل يصير تعظيمه ، وعن أبي يوسف رحمه الله أنه يجوز في الوجهين حين تقدم بغداد ورأى ضيق المنازل فكانه اجبر الضرورة ، وعن محمد رحمه الله أنه حين دخل الرى أجاز ذلك كله لما قلنا .

قال (وكذلك إن اتخذ وسط داره مسجدا وأذن للناس بالدخول فيه) يعني له أن يبيعه ويورث عنه ، لأن المسجد مالا يكون لأحد فيه حق المنع وإذا كان ملكه محيطا بجوانبه كان له حق المنع فلم يصير مسجدا ، ولأنه أبى الطريق لنفسه فلم يخلص لله تعالى (وعن محمد أنه لا يبايع ولا يورث ، ولا يوهب) اعتبره مسجدا وهكذا عن أبي يوسف رحمه الله أنه يصير مسجدا لأنه " فحقه يكونه مسجدا ولا يصير مسجدا إلا بالطريق دخل فيه الطريق وصار مستحقا كما يدخل في الإجارة من غير ذكر :

قال (ومن اغتد أرضه مسجدا لم يكن له أن يرجع فيه ولا يبيعه ولا يورث عنه) لأنه تجرد عن حق العباد ، وصار خالصا لله وهذا لأن الأشياء كلها لله تعالى ، وإذا أسقط العبد ما ثبت له من الحق رجع إلى أصله فانقطع تصرفه عنه كما في الاعتاق ؛ ولو خرب ماحول المسجد واستغنى عنه يبقى مسجدا عند أبي يوسف لأنه إسقاط منه فلا يعود إلى ملكه ، وعند محمد رحمه الله : يعود إلى ملك الباني أو إلى وارثه بعد موته لأنه عنه لنوع قرينة وقد انقطعت فصار كحصير المسجد وحشيشه إذا استغنى عنه إلا أن أبا يوسف رحمه الله يقول في الحصير والحشيش إنه ينقل إلى مسجد آخر .

قال (ومن بنى سقاية للمسلمين أو خاناً يسكنه بنو السليل أو رباطاً أو جعل أرضه مقبرة لم يزل ملكه من ذلك حتى يحكم به الحاكم عند أبي حنيفة رحمه الله) لأنه لم ينقطع عن حق العبد ، ألا ترى أن له أن ينضج به فيسكن في الخان وينزل في الرباط ويشرب من السقاية ويدفن في المقبرة فيشترط حكم الحاكم أو الإضافة إلى ما بعد الموت كما في الوقف على الفقراء بخلاف المسجد لأنه لم يبق له حق الانتفاع به فخلص لله تعالى من غير حكم الحاكم .
(وعند أبي يوسف : يزول ملكه بالقول) كما هو أصله إذ التسليم عنده ليس بشرط والوقف لازم .

(وعند محمد رحمه الله : إذا استقى الناس من السقاية وسكنوا الخان والرباط ودفنوا في المقبرة زال الملك) لأن التسليم عنده شرط والشرط تسليم نوعه وذلك بما ذكرناه ، ويكتفى بالواحدة لتعذر فعل الجنس كله وعلى هذا البر الموقوفة والحوض ، ولو سلم إلى المتولى صح للتسليم في هذه الوجوه كلها ، لأنه نائب عن الموقوف عليه ، وفعل النائب كفعل المتوب عنه وأما في المسجد فقد قيل لا يكون تسليماً لأنه لا تدير للمتولى فيه ، وقيل يكون تسليماً لأنه يحتاج إلى من يكتسه ، ويطلق بابه فإذا سلم إليه صح التسليم والمقبرة في هذا بمنزلة المسجد على ما قيل لأنه لا متولى له عرفاً ، وقيل هي بمنزلة السقاية والخان فيصح التسليم إلى المتولى لأنه لو نصب المتولى يصح ، وإن كان بخلاف العادة ، ولو جعل داراً له بمكة سكنى لحاج بيت الله والمعتصمين أو جعل داره في غير مكة سكنى للمساكين ، أو جعلها في ثغر من الثغور سكنى للفرقة والمرابطين أو جعل غلة أرضه للفرقة في سبيل الله تعالى ، ودفع ذلك إلى وال يقوم عليه فهو جائز ولا رجوع فيه لما بينا إلا أن في الغلة عمل للفقراء دون الأغنياء وفيها سواء من سكنى الخان والاستقاء من البر والسقاية فيغير ذلك يستوى فيه الغنى والفقر

والفارق هو العرف في الفصلين فإن أهل العرف يريدون بذلك في الغلة الفقراء ، وفي غيرها التسوية بينهم ، وبين الأغنياء ولأن الحاجة تشمل الغنى والفقير في الشرب والزول ، والغنى لا يحتاج إلى صرف هذه الغلة لغناه ، والله أعلم بالصواب :

كتاب البيع

قال (البيع يتعقد بالإيجاب والقبول إذا كانا بلفظي الماضي) مثل أن يقول أحدهما بيعت والآخر اشتريت ، لأن البيع إنشاء تصرف والإنشاء يعرف بالشرع ، والموضوع للإخبار قد استعمل فيه فيعتقد به ، ولا يتعقد بلفظين : أحدهما : لفظ المستقبل ، والآخر : لفظ الماضي بخلاف النكاح وقد مر الفرق هناك ، وقوله رضيت بكذا أو أعطيتك بكذا أو خطه بكذا في معنى قوله : بيعت واشتريت لأنه يؤدي معناه ، والمعنى هو المعتبر في هذه العقود ولهذا يتعقد بالتعاطي في التمسيس والخسيس وهو الصحيح لتحقق المراضاة .

قال (وإذا أوجب أحد المتعاقدين البيع فالآخر بالخيار لإنشاء قبل في المجلس وإن شاء رد) وهذا خيار القبول لأنه لو لم يثبت له الخيار يلزمه حكم البيع من غير رضاه ، وإذا لم يقد الحكم بدون قبول الآخر فلموجب أن يرجع عنه قبل قبوله لخلوه عن إبطال حق الغير ، وإنما يمتد إلى آخر المجلس لأن المجلس جامع المتفرقات فاعتبرت ساحاته ساعة واحدة دفعا للمسر وتحقيقا لليسر ، والكتاب كالتحطاب وكذا الارصال حتى اعتبر مجلس بلوغ الكتاب وأداء الرسالة ، وليس له أن يقبل في بعض المبيع ولا أن يقبل المشتري ببعضه فمن لم يرضى الآخر بتفريق الصفقة إلا إذا بين نحن كل واحد لأنه صفقات معنى .

قال (وأيهما قام من المجلس قبل القبول بطل الإيجاب) لأن القيام دليل الإحراز والرجوع وله ذلك على ما ذكرناه ، وإذا جهل الإيجاب والقبول لزم البيع حولا خيار . لو احدى منهما إلا من حجب أو عدم رؤية .

وقال الشافعي : يثبت لكل واحد منهما خيار المجلس لقوله عليه الصلاة والسلام « المبايعان بالخيار ما لم يتفرقا » ولنا أن في التصح إبطال حق الغير فلا يجوز ، والحديث معمول على خيار القبول وفيه إشارة إليه فإتباعا مبايعان حالة المباشرة لا بعدها أو يحمله فيحصل عليه والتفرق فيه فرق الأقوال :

قال (والأعراض المشار إليها لا يحتاج إلى معرفة مقدارها في جواز البيع) لأن بالإشارة

كفاية في التصريف وجهالة الوصف فيه لا تنفضي إلى المنازعة (والأمان المطلقة لا تنصح إلا أن تكون مغروقة القدر والصفة) لأن التسليم والتسلم واجب بالعقد وهذه الجهالة مفضية إلى المنازعة فيمتنع التسليم والتسلم ، وكل جهالة هذه صفتها تمنع لجواز هذا هو الأصل : قال (ويموز البيع بشمن حال وموجب إذا كان الأجل معلوما) لإطلاق قوله تعالى : -وأحل الله البيع - وعنه عليه الصلاة والسلام أنه اشترى من يهودى طعاماً إلى أجل معلوم ورهته درعه ، ولا بد أن يكون الأجل معلوماً لأن الجهالة فيه مائة من التسليم الواجب بالعقد فهذا يطالبه به في قريب المدة وهذا يسلمه في بعيدها .

قال (ومن أطلق أثمن في البيع كان على غالب نقد البلد) لأنه المتعارف وفيه التحرى لجواز فيصرف إليه (فإن كانت النقود غنطفة فالبيع فاسد إلا أن يبين أحدهما) وهذا إذا كان الكل في الزواج سواء لأن الجهالة مفضية إلى المنازعة ، إلا أن ترتفع الجهالة بالبيان أو يكون أحدهما أغلب وأروج فحينئذ يصرّف إليه تحريماً للجواز ، وهذا إذا كانت غنطفة تم للمالية ، فإن كانت سواء فيها كالثمن والثلاثى والنصرى اليوم بسرقت ، والاختلاف بين العدلى بفرغانة جاز البيع إذا أطلق اسم الدرهم ، كذا قالوا ، وينصرف إلى ما قدر به من أى نوع كان لأنه لا مظارة ولا اختلاف في المالية .

قال (ويموز بيع الطعام والحبوب مكايلة ومجازة) وكذا إذا باعه بخلاف جنسه لقوله عليه الصلاة والسلام فإذا اختلف النوعان فبيعوا كيف شئتم بعد أن يكون بدا يده بخلاف ما إذا باعه بنفسه مجازة لما فيه من احتيال الربا ، ولأن الجهالة غير مائة من التسليم والتسلم فلهذه جهالة القيمة .

قال (ويموز بإناء بعينه لا يعرف مقداره ويوزن حجر بعينه لا يعرف مقداره) لأن الجهالة لا تنفضي إلى المنازعة كما أنه يصح له التسليم فينتز هلاكه قبله بخلاف السلم ، لأن التسليم فيه متأخر والملاك ليس بتأخر قبله فتتحقق المنازعة ، وعن أبي حنيفة رحمه الله أنه لا يجوز في البيع أيضاً والأوّل أصح وأظهر .

قال (ومن باع صبرة طعام كل قفيز بدرهم جاز البيع في قفيز واحد عند أبي حنيفة رحمه الله إلا أن يسمى جلة قفزاتها ، وقال يجوز في الوجهين) له أنه تملز الصرف إلى الكل لجهالة البيع وأمنه فيصرف إلى الأقل وهو معلوم إلا أن تزول الجهالة بتسمية جميع القفزان أو بالكيل في المجلس ، وصار هذا كما لو أقرّ وقال فلان على كل درهم فطوب

درهم واحد بالإجماع ، 'ولمّا أن الجهالة بيدهما لَزَّتْهَا ومثلها غير مانع ، وكذا إذا باع حبة من حديد على أن المشتري بالخيار ، ثم إذا جاز في قبض واحد عند أبي حنيفة رحمه الله فلمشتري الخيار لتفريق الصفقة عليه ، وكذا إذا كُيِّلَ في المجلس أو سُميَ بحلة قفازاتها لأنه حلم بذلك الآن فله الخيار كما إذا رآه ولم يكن رآه وقت البيع .

قال (ومن باع قطيع غنم كل شاة بدرهم فسد البيع في جميعها عند أبي حنيفة رحمه الله ، وكذلك من باع ثوباً ملوحة كل ذراع بدرهم ولم يسم بحلة الدرغان وكذا كل مخطوء مضبوط ، وعندهما يجوز في الكل ما قلنا وعندنا ينصرف إلى الواحد) لما يفتناخ به أن يبيع شاة من قطيع غنم وذراع من ثوب لا يجوز التصاوت ويبيع قبض من صبرة يجوز لعلم التصاوت فلا تنضي الجهالة إلى المنازعة فيه وتنضي إليها في الأول فوضح الفرق .

قال (ومن ابتاع صبرة طعام على أنها مائة قبض بمائة درهم فوجدها أقل كان المشتري بالخيار إن شاء أخذ الموجود بحصته من الثمن وإن شاء فسخ البيع) لتفريق الصفقة عليه قبل انقضاء فلم يتم رضاه بالموجود (وإن وجدها أكثر فالزيادة للبائع) لأن البيع وقع على مقدار معين والتقدير ليس بوصف (ومن اشترى ثوباً على أنه عشرة أذرع بعشرة دراهم أو أرضاً على أنها مائة ذراع بمائة درهم فوجدها أقل فالمشتري بالخيار إن شاء أخذها بحصة الثمن وإن شاء ترك) لأن الذرع وصف في الثوب ، ألا ترى أنه جارية عن الطول والعرض والوصف لا يقابله شيء من الثمن كأطراف الحيوان ، فلهذا يأخذ به بكل الثمن بخلاف الفصل الأول ، لأن المقدار يقابله الثمن فلهذا يأخذ به بحصته إلا أنه يخير لفوات الوصف المذكور لتغير المقدور عليه فيختل الرضى .

قال (وإن وجدها أكثر من الذراع الذي سماه فهو للمشتري ولا خيار للبائع) لأنه حصة فكان بمنزلة ما إذا باعه معيماً فلذا هو سليم (ولو قال بحكها على أنها مائة ذراع بمائة درهم كل ذراع بدرهم فوجدها ناقصة فالمشتري بالخيار إن شاء أخذها بحصتها من الثمن وإن شاء ترك) لأن الوصف وإن كان تابعاً لكنه صار أصلاً بإفراده بذكر الثمن فينزل كل ذراع منزلة ثوب ، وهذا لأنه لو أخذ به بكل الثمن لم يكن أخذاً لكل ذراع بدرهم (وإن وجدها زائدة فهو بالخيار إن شاء أخذ الجميع كل ذراع بدرهم وإن شاء فسخ البيع) لأنه إن حصل له الزيادة في الذرع تلزمه زيادة الثمن فكان نفعاً يشوبه ضرر فيستخير ، وإما يحرم الزيادة لما بينا أنه صار أصلاً ، ولو أخذ بالأقل لم يكن أخذاً بالمشروط .

قال (ومن اشترى عشرة أذرع من مائة ذراع من دار أو حمام فالبيع فاسد عند أبي حنيفة وقالوا: هو جائز، وإن لشري عشرة أسهم من مائة سهم جاز في قولهم جميعا) لهذا أن عشرة أذرع من مائة ذراع عشر الدار فأشبه عشرة أسهم ، وله أن الذراع اسم لما يذرع به واسمير لما يحط الذراع وهو الممين دون المشاع وذلك غير معلوم بخلاف السهم ، ولا فرق عند أبي حنيفة رحمه الله بين ما إذا علم جملة الذرعان أو لم يعلم وهو الصحيح خلافا لما يقول الخصاف لبقاء الجهالة ، ولو اشترى عدلا على أنه عشرة أثواب فإذا هو تسعة أو أحد عشر فسد البيع لجهالة المبيع أو الثمن .

(ولو بين لكل ثوب ثمتا جاز في فصل التقصان بقلده وله الخيار ولم يحز في الزيادة) لجهالة العشرة المبينة ، وقيل عند أبي حنيفة لا يجوز في فصل التقصان أيضا ، وليس بصحيح بخلاف ما إذا اشترى ثوبين على أنهما هرويان فإذا أحدهما مروى حيث لا يجوز فيهما ، وإن بين ثمن كل واحد منها لأنه جعل المقبول في المروى شرطا لجواز العقد في المروى وهو شرط فاسد ولا قبول يشترط في المعلوم فافترقا .

(ولو اشترى ثوبا واحدا على أنه عشرة أذرع كل ذراع بدرهم فإذا هو عشرة ونصف أو تسعة ونصف ، قال أبو حنيفة رحمه الله : في الوجه الأول يأخذ بعشرة من خبر خيار وفي الوجه الثاني يأخذ بتسعة إن شاء ، وقال أبو يوسف رحمه الله عليه : في الوجه الأول يأخذ بأحد عشر إن شاء ، وفي الثاني يأخذ بعشرة إن شاء ، وقال محمد رحمه الله : يأخذ في الأول بعشرة ونصف إن شاء ، في الثاني بتسعة ونصف ويخير) لأن من ضرورة مقابلة الذراع بالدرهم مقابلة نصفه بنصفه ، فيجرى عليه حكمها ، ولأبي يوسف رحمه الله : أنه لما انفرد كل ذراع ببذل نزل كل ذراع منزلة ثوب على حدة وقد انتقص ، ولأبي حنيفة رحمه الله عليه أن الذراع وصف في الأصل وإنما أخذ حكم المقدار بالشرط وهو مقيد بالذراع فعند حمله عاد الحكم إلى الأصل ، وقيل في الكرياس الذي لا يتفاوت جوانبه لا يطيب المشتري ما زاد على المشروط لأنه بمنزلة الموزون حيث لا يضره الفصل . وعلى هذا قالوا يجوز بيع ذراع منه .

فصل

(ومن باع دارا دخل بناؤها في البيع وإن لم يسمه) لأن اسم الدار يتناول العرصة والبناء في العرف، ولأنه متصل بها اتصال قرار فيكون تبعاً له.

(ومن باع أرضاً دخل ما فيها من النخل والشجر وإن لم يسمه) لأنه متصل بها للقرار فأشبه البناء (ولا يدخل الزرع في بيع الأرض إلا بالتسمية) لأنه متصل بها للفصل فشابه المتاع الذي فيها.

(ومن باع نخلاً أو شجراً فيه ثمر فثمره للبائع إلا أن يشترط المبتاع) لقوله عليه الصلاة والسلام «من اشترى أرضاً فيها نخل فالثمرة للبائع» إلا أن يشترط المبتاع، ولأن الاتصال وإن كان خفية فهو للقطع لالبقاء فصار كالزرع (ويقال للبائع قطعها وسلم المبيع) وكذا إذا كان فيها زرع لأن ملك المشتري مشغول بملك البائع فكان عليه تفريره وتسليمه، كما إذا كان فيه متاع. وقال الشافعي رحمه الله: يترك حتى يظهر صلاح الثمر ويستحصن الزرع، لأن الواجب إنما هو التسليم المعتاد والمتاد أن لا يقطع كذلك، وصار كما إذا انتقضت مدة الإجارة وفي الأرض زرع، قلنا هناك التسليم واجب أيضاً حتى يترك بأجر وتسليم العوض كتسليم المعوض، ولا فرق بين ما إذا كان الثمر بحال له قيمة أو لم يكن في الصحيح، ويكون في الحالين البائع لأن يمه يجوز في أصح الروايتين على ما نبين فلا يدخل في بيع الشجر من غير ذكر، وأما إذا بيعت الأرض وقد بنى فيها صاحبها ولم يثبت بعد لم يدخل فيه لأنه مودع فيها كالمحتاج، ولو ثبت ولم تصر له قيمة فقد قيل: لا يدخل فيه، وقد قيل: يدخل فيه، وكان هذا بناء على الاختلاف في جواز بيعه قبل أن تناله المفاسد والمناجل، ولا يدخل الزرع والثمر بذكر الحقوق والمرافق لأشبههما ليساً منهما، ولو قال: بكل قليل وكثير هو له فيها ومنها من حقوقها أو قال من مراققتها لم يدخلها فيما قلنا، وإن لم يقل من حقوقها أو من مراققتها دخلها فيه أما الثمر المخلوذ والزرع المصود فهو بمنزلة المباح لا يدخل إلا بالتصريح به.

قال (ومن باع ثمرة لم يبد صلاحها أو قد بدا جاز البيع) لأنه مال متقوم أما لكونه متضمماً به في الحال أو في الثاني وقد قيل لا يجوز قبل أن يبد صلاحها، والأوكر أصح (ومل المشتري قطعها في الحال) نصيبنا ملك البائع، وهذا إذا اشتراها مطلقاً أو بشرط القطع (وإن شرط تركها على النخيل فسد البيع) لأنه شرط لا يقتضيه العقد وهو دخل

حلك الغير أو هو صفقة في صفقة وهو إجارة أو بيع ، وكلما بيع الزرع بشرط الترك لما قلنا ، وكلما إذا تنهى عظمها عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله لما قلنا ، واستحسنه محمد رحمه الله للعادة ، بخلاف ما إذا لم يتناه عظمها لأنه شرط فيه الجزء المعلوم وهو الذي يزيد لمعنى من الأرض أو الشجر ، ولو اشتراها مطلقا وتركها بإذن البائع طاب له الفضل وإن تركها بغير إذنه تصدق بما زاد في ذاته لحصوله بجهة محظورة ، وإن تركها بعد ما تنهى عظمها لم يتصدق بشيء ، لأن هذا تنبيه حالة لا تحقق زيادة ، وإن اشتراها مطلقا وتركها حل النخيل ، وقد استأجر النخيل إلى وقت الإدراك طاب له الفضل ، لأن الإجارة باطلة لعدم التعارف والحاجة في الإذن معتبرا ، بخلاف ما إذا اشترى الزرع واستأجر الأرض إلى أن يدرك وتركه ، حيث لا يطيب له الفضل لأن الإجارة فاسدة للمهالة فأورث خبثا ، ولو اشتراها مطلقا فأعمرت ثمرا آخر قبل القبض فسد البيع لأنه لا يمكن تسليم المبيع لتعذر التمييز ، ولو أعمرت بعد القبض يشتركان فيه للاختلاط ، والقول قول المشتري في قدراره لأنه في يده ، وكلما في الباذنجان والبطيخ والخلص أن يشتري الأصول لتحصل الزيادة على ملكه .

قال (ولا يجوز أن يبيع ثمرة ويستثنى منها أرطالا معلومة) خلافا لما لك رحمه الله لأن الباقي بعد الاستثناء مجهول بخلاف ما إذا باع واستثنى نخلا معينا لأن الباقي معلوم بالمشاهدة : قال رضي الله عنه : قالوا هذه رواية الحسن وهو قول الطحاوي : أما على ظاهر الرواية فينبغي أن يجوز لأن الأصل أن ما يجوز إيراد العقد عليه بانفراده يجوز استثنائه من العقد وبيع قبض من صبرة جائز فكذلك استثنائه بخلاف استثناء الحمل وأطراف الحيوان لأنه لا يجوز بيعه فكذلك استثنائه .

(ويجوز بيع الحنطة في سنبها والبقلاء في قشره) وكلما الأرز والسهم ، وقال الشافعي رحمه الله : لا يجوز بيع الباقلاء الأخضر وكلما الجوز واللوز والنسفت في قشره الأوك عنه ، وله في بيع السنبلة قولان ، وعندنا يجوز ذلك كله ، له أن العقود عليه مسعر بما لا منفعة له فيه ، فأشبه تراب الصاغة إذا بيع بمنه . ولنا ما روى عن النبي عليه الصلاة والسلام أنه نهى عن بيع النخل حتى يزهي وعن بيع السنبل حتى يبيض ويأمن العانة ، ولأنه حب متضع به فيجوز بيعه في سنبله كالشعير ، والجامع كونه مالا متقوما بخلاف تراب الصاغة لأنه إنما لا يجوز بيعه بمنه لاحتمال الربا حتى لو باعه بخلافه جاز ، وفي سنبلتها لو باعه بمنه لا يجوز أيضا لشبهة الربا ، لأنه لا يهرى قدر ما في السنبال .

(ومن باع دارا دخل في البيع مفاتيح إغلاها) لأنه يدخل فيه الإغلاق لأنها مركبة فيها للبقاء والمحتاج يدخل في بيع الخلق من غير تسمية لأنه بمنزلة بعض منه إذ لا ينضم به بكونه .

قال (وأجرة الكيال ونقد الثمن حل للبائع) أما الكيل فلا بد منه لتسليم وهو حل للبائع ومعنى هذا إذا بيع مكابلة ، وكلما أجرة الوزن والنزاع والعداد ، وأما النقد فالمذكور برواية ابن رستم عن محمد رحمه الله ، لأن النقد يكون بعد التسليم ، ألا ترى أنه يكون بعد الوزن والبائع هو المحتاج إليه ليميز ما تعلق به حقه من غيره أو ليعرف المكيب لبرده ، وفي رواية ابن سماعة عنه حل المشتري لأنه يحتاج إلى تسليم الجيد القدر والجودة تعرف بالنقد كما يعرف القدر بالوزن فيكون عليه .

قال (وأجرة وزن الثمن حل للمشتري) لما بينا أنه هو المحتاج إلى تسليم الثمن وبالوزن يصحقت التسليم .

قال (ومن باع سلعة بشئ ، قبل للمشتري ادفع الثمن أو لاكم لأن حق المشتري معين في المبيع فيقدم دفع الثمن ليصين حق البائع بالتبض لما أنه لا يتعين بالتعيين تحقيقا للمساواة . قال (ومن باع سلعة بسلعة أو ثمنًا بشئ ، قبل لهما سلما معا) لاستوائهما في الصين وعلمه فلا حاجة إلى تقديم أحدهما في الدفع :

باب خيار الشرط

خيار الشرط جائز في البيع للبائع والمشتري (ولهما الخيار ثلاثة أيام فما دونها) والأصل فيه ما روى أن عبان بن معاذ بن عمرو الأصماني رضى الله عنه كان يبيع في البياعات ، فقال له النبي عليه الصلاة والسلام « إذا بايعت قتل لا خلافة ولا خيار ثلاثة أيام » (ولا يجوز أكثر منها عند أبي حنيفة) رضى الله عنه ، وهو قول زفر والشافعي رضى الله عنهما (وقالا : يجوز إذا سمي مدة معلومة لحديث ابن عمر رضى الله عنه أنه أجاز الخيار في شهرين) ولأن الخيار إنما شرع للحاجة إلى التروى ليندفع الثمن وقد تمس الحاجة إلى الأكثر فصار كالتأجيل في الثمن ، ولأبي حنيفة رضى الله عنه : أن شرط الخيار يخالف مقتضى النقد وهو الزوم ، وإنما جوزناه بخلاف القياس لما روينا من النص فيقتصر على المدة المذكورة فيه وانضت الزيادة (إلا أنه إذا أجاز في الثلاث جاز عند أبي حنيفة) رضى الله

عنه خلافاً لزفر ، هو يقول : إنه انعقد فاسداً فلا يتقلب جائزاً ، وله أنه أسقط المفسد قبل
تفروقه فيعود جائزاً كما إذا باع بالرقم وأعلمه في المجلس ، ولأن الفساد باعتبار اليوم الرابع ،
فلذا أجاز قبل ذلك لم يفضل المفسد بالمقد ، ولهذا قيل إن العقد يفسد بمضى جزء من اليوم
الرابع ، وقيل انعقد فاسداً ثم يرتفع الفساد بحذف الشرط ، وهذا على الوجه الأول
(ولو اشترى على أنه إن لم يقدر المبيع إلى ثلاثة أيام فلا بيع بينهما جاز وإلى أربعة أيام
لا يجوز عند أبي حنيفة وأبي يوسف ، وقال محمد : يجوز إلى أربعة أيام أو أكثر فإن تعد
في الثلاث جاز في قولهم جميعاً) .

والأصل فيه أن هذا في معنى اشتراط الخيار إذ الحاجة مست إلى الانقضاء عند علم
التعد تحوزا من الماطلة في الفسخ فيكون ملحقاً به ، وقد مر أبو حنيفة على أصله في المسمى
به ونفى الزيادة على الثلاث ، وكذا محمد في تجويز الزيادة ، وأبو يوسف أخذ في الأصل
بالأثر ، وفي هذا بالقياس وفي هذه المسئلة قياس آخر ، وإليه مال زفر وهو أنه بيع شرط
فيه إقالة فاسدة لتعلقها بالشرط أو اشتراط الصحيح منها فيه ففسد العقد فاشتراط الفاسد
أولى بوجه الاستحسان ما بيننا :

قال (وخيار البائع يمنع خروج المبيع عن ملكه) لأن تمام هذا السبب بالمراضاة
ولا تتم مع الخيار ، ولهذا ينفذ حقه ولا يملك المشتري التصرف فيه وإن قبضه باذن البائع
(فلو قبضه المشتري وهلك في يده في مدة الخيار ضمنه بالقيمة) لأن البيع يتفسخ بالهلاك
لأنه كان موقوفاً ولا نفاذ بدون المحل فيبقى مقبوضاً في يده على سوم الشراء وفيه القيمة
ولو هلك في يد البائع انفسخ البيع ولا شيء على المشتري اعتباراً بالبيع الصحيح المطلق :

قال (وخيار المشتري لا يمنع خروج المبيع عن ملك البائع) لأن البيع في جانب الآخر
لازم وهذا لأن الخيار إنما يمنع خروج البدل عن ملك من له الخيار لأنه شرع نظراً له
دون الآخر :

قال (إلا أن المشتري لا يملك عند أبي حنيفة رحمه الله ، وقالوا يملكه) لأنه لما خرج
عن ملك البائع ظلم فدخل في ملك المشتري يكون زائلاً لا يملك ولا يملك ولا يملك لئلا يملكه في الشرع ،
ولأبي حنيفة أنه لما لم يخرج الممنع عن ملكه فلو قلنا بأنه يدخل المبيع في ملكه ، لاجتمع
البدلان في ملك رجل واحد حكماً للمعاوضة ولا أصل له في الشرع لأن للمعاوضة تقتضي
المساواة ، ولأن الخيار شرع نظراً للمشتري ليتروى فيبقى على المصلحة ولو نهت الملك
وما يمتن عليه من غير اختياره بأن كان قريه فيضوت النظر .

قال (فإن هلك في يده هلك بائنه وكلذا إذا دخله عيب) بخلاف ما إذا كان الخيار للبائع ، ووجه الفرق انه إذا دخله عيب يتمتع الردء ، والملاك لا يمرى عن مقدمة عيب فيهك والمقد قد انبرم فيلزمه البئن بخلاف ما تقدم لأن بدخول العيب لا يتمتع الرد حكا بخيار البائع فيهك والعقد موقوف .

قال (ومن اشترى امرأته على أنه بالخيار ثلاثة أيام لم يفسد النكاح) لأنه لم يملكها لما له من الخيار (وإن وطئها له أن يردھا) لأن الوطء بحكم النكاح (إلا إذا كانت بكرًا) لأن الوطء ينقصها وهذا عند أبي حنيفة (وقالوا : يفسد النكاح) لأنه ملكها (وإن وطئها لم يردھا) لأن وطئها يملك البئن فيمتنع الرد وإن كانت ثيبًا ، وهذه المسئلة أخوات كلها تجتنى على وقوع الملك للمشتري بشرط الخيار وعدمه : منها حق المشتري على المشتري إذا كان قريبًا له في مدة الخيار . ومنها عتقه إذا كان المشتري حلف إن ملكت عبدا فهو حره بخلاف ما إذا قال : إن اشتريت فهو حر لأنه يصير كالمثنى بالعتق بعد الشراء فيسقط الخيار . ومنها أن يحض المشترة في المدة لا يجتزأ به على الاستبراء عنده وعندھا يجتزأ ولو ردت بحكم الخيار إلى البائع لا يجب عليه الاستبراء عنده ، وعندھا يجب إذا ردت بعد القبض : ومنها إذا ولدت المشترة في المدة بالنكاح لا تصير أم ولد له عنده بخلافهما . ومنها إذا قبض المشتري المبيع بإذن البائع ثم أودعه عند البائع فهلك في يده في المدة هلك مع مال البائع لارتفاع القبض بالرد لعدم الملك عنده وعندھا من مال المشتري لصحة الإيداع باعتبار قيام الملك . ومنها لو كان المشتري عبدا مأذونا له فأبرأه البائع من الثمن في المدة بقى على خياره عنده لأن الرد امتناع عن التملك ، والمأذون له بليه وعندھا بطل خياره لأنه لما ملكه كان الرد منه تملكيا بغير عوض وهو ليس من أهله . ومنها إذا اشترى فسي من ذمى خيرا على أنه بالخيار ثم أسلم بطل الخيار عندهما لأنه ملكها فلا يملك ردها وهو مسلم ، وعنده ينطل البيع لأنه لم يملكها فلا يملكها باسقاط الخيار بعده وهو مسلم .

قال (ومن شرط له الخيار فله أن يفسخ في مدة الخيار وله أن يميز ، فإن أجازه بغير حصرة صاحبه جاز وإن فسخ لم يميز إلا أن يكون الآخر حاضرا عند أبي حنيفة وعمد ، وقال أبو يوسف : يجوز) وهو قول الشافعى والشرط هو العلم وإمكانه بالخصرة عنه : له أنه مساط على الفسخ من جهة صاحبه فلا يتوقف على علمه كالاجازة ، ولهذا لا يشترط رضاه وصار كالوكيل بالبائع : ولها أنه تصرف في حق الغير وهو العقد بالرفع ولا يمرى

عن المضرة لأنه عساه يحمّد تمام البيع السابق فيصرف فيه فظفره غرامة القيمة بالملاك
فيا إذا كان الخيار البائع أو لا يطلب لسلته مشتريا فيا إذا كان الخيار للمشتري، وهذا نوع
ضرر فيتوقف على طمعه وصار كعزل الوكيل، بخلاف الإجازة لأنه لا إلتزام فيه ولا نقول
إنه مسلط، وكيف يقال ذلك وصاحبه لا يملك الفسخ ولا تسليط في غير ما يملكه المسلط
ولو كان فسخ في حال غيبة صاحبه وبلغه في المدة تمّ الفسخ لمصوّل العلم به، ولو بلغه بعد
مضى المدة تمّ العقد بمضى المدة قبل الفسخ .

قال (وإذا مات من له الخيار بطل خياره ولم ينقل إلى ورثته) وقال الشافعي : يورث
عنه لأنه حق لازم ثابت في البيع فيجوز فيه الإرث كخيار العيب والتعيين . ولنا أن الخيار
ليس إلا مشيئة ولادة ولا يتصور انتقاله والإرث فيها يقبل الانتقال ، بخلاف خيار العيب
لأن المورث استحق المبيع سلبا فكلذا الوارث، فأما نفس الخيار لا يورث ، وأما خيار
التعيين فيثبت للوارث ابتداء لاختلاط ملكه بملك الغير لا أن يورث الخيار .

قال (ومن اشترى شيئا وشرط الخيار لغيره فأيهما أجاز جاز الخيار وأيهما نقض
انقضى) وأصل هذا أن اشتراط الخيار لغيره جائز استحسانا ، وفي القياس لا يجوز وهو
قول زفر ، لأن الخيار من مواجب العقد وأحكامه فلا يجوز اشتراطه لغيره كاشتراط فسخ
على غير المشتري : ولنا أن الخيار لغير العاقد لا يثبت إلا بطريق النيابة عن العاقد فيقدر الخيار
له اقتضاء ثم يجعل هو نائباً عنه تصحيحاً لتصرفه ، وعند ذلك يكون لكل واحد منهما
الخيار فأيهما أجاز جاز وأيهما نقض انقضى (ولو أجاز أحدهما وفسخ الآخر يعتبر السابق)
لوجوده في زمان لا نزاع فيه غيره، ولو خرج الكلامان منهما مما يعتبر تصرف العاقد
في رواية وتصرف الفاسخ في أخرى . وجه الأول أن تصرف العاقد أقوى لأن النائب
يستفيد الولاية منه . ووجه الثاني أن الفسخ أقوى ، لأن المأجل يلحقه الفسخ والفسوخ
لا تلحقه الإجازة، ولما ملك كل واحد منهما التصرف رجحنا بحال التصرف، وقيل الأول
قول محمد والثاني قول أبي يوسف . واستخرج ذلك مما إذا باع الوكيل من رجل والموكل
من غيره مما فحمد يعتبر فيه تصرف الموكل وأبو يوسف يعتبرهما .

قال (ومن باع عبدين بألف درهم على أنه بالخيار في أحدهما ثلاثة أيام فأبيع فاسد،
ولن باع كل واحد منهما بمائة على أنه بالخيار في أحدهما بعينه جاز البيع) والمستطاع على
أربعة أوجه :

أحدهما : أن لا يفصل الثمن ولا يعين الذى فيه الخيار وهو الوجه الأول فى الكتاب
وفساده لجهالة الثمن والمبيع لأن الذى فيه الخيار كالتأجير عن العقد إذ العقد مع الخيار
لا يعتمد فى حق الحكم فى الداخل فيه أحدهما وهو غير معلوم .

والوجه الثانى : أن يفصل الثمن ويعين الذى فيه الخيار وهو المذكور ثانياً فى الكتاب ،
ولمّا جاز لأن المبيع معلوم والثمن معلوم وقبول العقد فى الذى فيه الخيار وإن كان شرطاً
لاتعقد العقد فى الآخر ولكن هذا غير مفسد للعقد لكونه محلاً للبيع كما إذا جمع بين
ثمن ومدير .

والثالث : أن يفصل ولا يعين .

والرابع : أن يعين ولا يفصل ، والعقد فاسد فى الوجهين ، إما لجهالة المبيع
أو لجهالة الثمن .

قال (ومن اشترى ثوبين على أن يأخذ أيهما شاء بعشرة وهو بالخيار ثلاثة أيام فهو
جائر وكذا الثلاثة ، فإن كانت أربعة أثواب فالبيع فاسد) والقياس أن يفسد البيع فى الكل
لجهالة المبيع ، وهو قول زفر والشافى رحمهما الله . وجه الاستحسان أن شرع الخيار
للحاجة إلى دفع الثمن ليختار ما هو الأرفق والأوفى ، والحاجة إلى هذا النوع من البيع متحققة
لأنه يحتاج إلى اختيار من يتق به أو اختيار من يشتريه لأجله ولا يمكنه البائع من الحمل
إليه إلا بالبيع فكان فى معنى ماورد به الشرع غير أن هذه الحاجة تندفع بالثلاث لوجود
الجيد والوسط والردىء فيها ، والجهالة لا تنفص إلى المنازعة فى الثلاثة لتعيين من له الخيار ،
وكذا فى الأربع إلا أن الحاجة إليها غير متحققة والرخصة بثبوتها بالحاجة ، وكون الجهالة
غير مفضية إلى المنازعة فلا تثبت بأحدهما ، ثم قيل يشترط أن يكون فى هذا العقد خيار
الشرط مع خيار التعيين وهو المذكور فى الجامع الصغير ، وقيل لا يشترط وهو المذكور
فى الجامع الكبير فيكون ذكره حل هذا الاعتبار وفقاً لشرطه . وإذا لم يذكر خيار
الشرط لا بد من توقيت خيار التعيين بالثلاث عنده وبمدة معلومة أيها كانت عندهما ، ثم
ذكر فى بعض النسخ اشترى ثوبين وفى بعضها اشترى أحد الثوبين وهو الصحيح ، لأن
المبيع فى الحقيقة أحدهما والآخر أمانة والأول تجرّز واستعارة ، ولو هلك أحدهما أو تعيب
لزمه البيع فيه بثمنه وتعين الآخر للأمانة لامتناع الرد بالتعيب ، ولو هلكا جميعاً معاً يلزمه
نصف ثمن كل واحد منهما لشروع البيع والأمانة فيهما ولو كان فيه خيار الشرط له أن

يردهما جميعا ، ولو مات مع له الخيار فلوارثه أن يرد أحدهما لأن الباقي خيار التعيين للاختلاط ، ولهذا لا يتوقف في حق الوارث ، وأما خيار الشرط لايورث ، وقد ذكرناه من قبل .

قال (ومن اشترى دارا على أنه بالخيار فيبعت دار أخرى إلى جنبها فأخذها بالشفعة فهو رضى) لأن طلب الشفعة يدل على اختياره الملك فيها لأنه ماثبت إلا لدفع ضرر الجوار وذلك بالاستدامة فيتضمن ذلك سقوط الخيار سابقا عليه ، فيثبت الملك من وقت الشراء فيثبت أن الجوار كان ثابتا ، وهذا التقرير يحتاج إليه للمذهب أبي حنيفة رحمه الله خاصة .

قال (وإذا اشترى الرجلان عبدا على أنهما بالخيار فرضى أحدهما فليس للأخر أن يرده) عند أبي حنيفة رحمه الله . وقالوا : له أن يرده ، وعلى هذا الخلاف خيار العيب وخيار الرؤية . لهما أن إثبات الخيار لهما إثباته لكل واحد منهما فلا يسقط باسقاط صاحبه لما فيه من إبطال حقه . وله أن المبيع خرج عن ملكه غير معيب بعيب الشركة ، فلورده أحدهما رده معيبا به وفيه إلزام ضرر زائد ، وليس من ضرورة إثبات الخيار لهما الرضى برد أحدهما لتصور اجتماعهما على الرد .

قال (ومن باع عبدا على أنه خباز أو كاتب وكان بخلافه فالمشتري بالخيار) إن شاء أخذه بجميع الثمن وإن شاء ترك (لأن هذا وصف مرغوب فيه فيستحق في العقد بالشرط ، ثم فواته يوجب التخير لأنه مارض به دونه وهذا يرجع إلى اختلاف النوع لقلة التفاوت في الأغراض فلا يفسد العقد بعلمه بمنزلة وصف الذكورة والأنوثة في الحيوانات وصار كفوات وصف السلامة وإذا أخذه أخذه بجميع الثمن لأن الأوصاف لا يقابلها شيء من الثمن لكونها تابعة في العقد على ما عرف .

باب خيار الرؤية

قال (ومن اشترى شيئا لم يره فالبيع جائز وله الخيار إذا رآه إن شاء أخذه بجميع الثمن وإن شاء رده) وقال الشافعي رحمه الله : لا يصح العقد أصلا لأن المبيع مجهول . ولنا قوله عليه الصلاة والسلام « من اشترى شيئا لم يره فله الخيار إذا رآه » ولأن الجهالة بعد لقراءة لا تنفي إلى المنازعة لأنه لو لم يوافقته يرد فبصار كجهالة الوصف في المعائن المشار إليه

» وكذا إذا قال رضىت ثم رآه له أن يردده) لأن الخيار معلق بالرؤية لما روينا فلا يثبت قبلها ، ونحو الفسخ قبل الرؤية بحكم أنه عقد غير لازم لا يقتضى الحديث ولأن الرضى بالشئ قبل العلم بأوصافه لا يتحقق فلا يعتبر قوله رضىت قبل الرؤية بخلاف قوله رددت .

قال (ومن باع مالم يره فلا خيار له) وكان أبوحنيفة يقول أولا له الخيار اعتبارا بخيار العيب وخيار الشرط وهذا لأن لزوم العقد بتمام الرضى زوالا وثبوتا ولا يتحقق ذلك إلا بالعلم بأوصاف المبيع وذلك بالرؤية فلم يكن البائع راضيا بالزوال . ووجه القول المرجوع إليه أنه معلق بالشراء لما روينا فلا يثبت دونه ، وروى أن عثمان بن عفان رضى الله عنه باع أرضا بالبصرة من طلحة بن عبيد الله فقبل لطلحة إنك قد غبت فقال لى الخيار لأنى اشتريت مالم أره وقبل لعثمان إنك قد غبت فقال : لى الخيار لأنى بعت مالم أره فحكما بينهما جبير بن مطعم ففضى بالخيار لطلحة وكان ذلك بحضور من الصحابة رضى الله عنهم . ثم خيار الرؤية غير موقت بل يبقى إلى أن يوجد ما يطلعه وما يبطل خيار الشرط من تعيب أو تصرف يبطل خيار الرؤية ، ثم إن كان تصرفا لا يمكن رفعه كالإعناق والتشجير أو تصرفا يوجب حقا للغير كالمبيع المطلق والرهن والاجارة يطلعه قبل الرؤية وبعدما لأنه لما لزم تعلل الفسخ فبطل الخيار وإن كان تصرفا لا يوجب حقا للغير كالبيع بشرط الخيار والمساومة والهبة من غير تسليم لا يطلعه قبل الرؤية لأنه لا يربو على صريح الرضى ويطلعه بعد الرؤية لوجود دلالة الرضى .

قال (ومن نظر إلى وجه الصبرة أو إلى ظاهر الثوب مطويا أو إلى وجه الجارية أو إلى وجه الدابة وكفلها فلا خيار له) والأصل فى هذا أن رؤية جميع المبيع غير مشروط لتعلمه ، فيكتفى برؤية ما يندل على العلم بالمقصود ، ولو دخل فى البيع أشياء فإن كانت لا تتفاوت أبعادها كالمكيل والموزون وعلامته أن يعرض بالتفويض يكتفى برؤية واحد منها إلا إذا كان الباقي أردأ مما رأى فحينئذ يكون له الخيار ، وإن كانت تتفاوت أبعادها كالتياب والدواب لا بد من رؤية كل واحد منها ، والجوزة والبيض من هذا القبيل فيما ذكره الكرخى وكان ينبغي أن يكون مثل الحنطة والشعير لكونها مقاربة إذا ثبت هذا فتقول : ننظر إلى وجه الصبرة كاف لأنه يعرف وصف البقية لأنه مكيل يعرض بالتفويض وكذا ننظر إلى ظاهر الثوب مما يعلم به البقية إلا إذا كان فى طيه ما يكون مقصودا كوضع العلم ،

والوجه هو المقصود في الآدى وهو والكفل في الدواب فيعتبر رؤية المقصود ولا يعتبر رؤية غيره ، وشرط بعضهم رؤية القوائم والأول هو المروى عن أبي يوسف رحمه الله ، وفي شاة اللحم لا بد من الجلس لأن المقصود هو اللحم يعرف به وفي شاة القنية لا بد من رؤية الضرع وفيما يطعم لا بد من الذوق لأن ذلك هو المعروف للمقصود . قال (وإن رأى حصن الدار فلا خيار له وإن لم يشاهد بيوتها) وكذلك إذا رأى خارج الدار أو رأى أشجار البستان من خارج ، وعند زفر لا بد من دخول داخل البيوت ، والأصح أن جواب الكتاب على وفاق عاداتهم في الأبنية فإن دورهم لم تكن متفاوتة يومئذ فأما اليوم فلا بد من الدخول في داخل الدار للتفاوت والنظر إلى الظاهر لا يوقع العلم بالداخل .

قال (ونظر الوكيل كنظر المشتري حتى لا يردّه إلا من عيب ولا يكون نظر الرسول كنظر المشتري ، وهذا عند أبي حنيفة ، وقالوا هما سواء ، وله أن يردّه) قال : معناه الوكيل بالقبض ، فأما الوكيل بالشراء فرويته تسقط الخيار بالإجماع .

لها أنه توكل بالقبض دون إسقاط الخيار « فلا يملك ما لم يتوكل به وصار كخيار العيب والشرط والإسقاط قصدا . وله أن القبض نوحان : تام وهو أن يقبضه وهو يراه وناقص وهو أن يقبضه مستورا ، وهذا لأن تمامه بتمام الصفقة ولانتم مع بقاء خيار الرؤية والموكل ملكه بتوجهه فكله الوكيل . ومن قبض الموكل وهو يراه سقط الخيار ، فكله الوكيل لإطلاق التوكيل ، وإذا قبضه مستورا انتهى التوكيل بالناقص منه ، فلا يملك إسقاطه قصدا بعد ذلك بخلاف خيار العيب لأنه لا يمنع تمام الصفقة فيم القبض مع بقاءه وخيار الشرط على هذا الخلاف ، ولو سلم فالموكل لا يملك التام منه فإنه لا يسقط بقبضه لأن الاختيار هو المقصود بالخيار يكون بعده فكله لا يملكه وكيله وبخلاف الرسول لأنه لا يملك شيئا وإنما إليه تبلغ الرسالة ، ولهذا لا يملك القبض والتسليم إذا كان رسولا في البيع . قال (ويبيع الأعمى وشراؤه جائز ، وله الخيار إذا اشترى) لأنه اشترى ما لم يره وقد حررناه من قبل (ثم يسقط خياره بجمعه المبيع إذا كان يعرف بالجلس ويشمه إذا كان يعرف بالشم ويلوقه إذا كان يعرف بالذوق) كما في البصير (ولا يسقط خياره في العقار حتى يوصف له) لأن الوصف يقام مقام الرؤية كما في السلم . وعن أبي يوسف رحمه الله أنه إذا وقع في مكان لو كان بصيرا لراه ، وقال قد رضى سقط خياره ، لأن التشبيه يقام مقام الحقيقة في موضع السجدة كتحريك الشفتين يقام مقام القراءة في حق الأخرس .

في الصلاة ، وإجراء للموسى مقام الخلق في حق من فلاشعر له في الحج: وقال الحسن زيوكل
وكيلا بقبضه وهو براء ، وهذا أشبه بقول أبي حنيفة رحمه الله لأن رؤية الوكيل كروية
الموكل على مامر آتفا .

قال (ومن رأى أحد الثوبين فاشترىهما ، ثم رأى الآخر جاز له أن يردهما) لأن رؤية
أحدهما لا تكون رؤية الآخر للتفاوت في الثياب فبقى الخيار فيها لم يره ثم لا يردده وحده بل
يردهما كيلا يكون تفرقا للصفة قبل التام ، وهذا لأن الصفة لا تتم مع خيار الرؤية قبل
القبض ويعده ولهذا يتمكن من الرد بغير قضاء ولا رضى ويكون فسخا من الأصل .
(ومن مات وله خيار الرؤية بطل خياره) لأنه لا يجري فيه الإرث عندنا وقد ذكرناه
في خيار الشرط .

(ومن رأى شيئا ثم اشتراه بعد مدة ، فإن كان على الصفة التي رآه فلا خيار له) لأن
العلم بأوصافه حاصل له بالرؤية السابقة وبفواته يثبت الخيار إلا إذا كان لا يعلمه مريه لعلم
الرضا به (وإن وجدته متغيرا فله الخيار) لأن تلك الرؤية لم تقع مطقة بأوصافه ، فكانه
لم يره وإن اختلفا في التغير فالقول قول البايع ، لأن التغير حادث بسبب الزوم ظاهر إلا
إذا بعدت المدة على ما قالوا لأن الظاهر شاهد للمشتري بخلاف ما إذا اختلفا في الرؤية لأنها
أمر حادث والمشتري ينكره فيكون القول قوله .

قال (ومن اشترى عدل زطى ولم يره فباع منه ثوبا أو وجهه وسلمه لم يرد شيئا منها
إلا من عيب وكذلك خيار الشرط) لأنه تغذر الرد فيها خرج عن ملكه ، وفي رد ما بقي
تفريق الصفة قبل التام لأن خيار الرؤية والشرط يمتنعان تمامها بخلاف خيار العيب لأن
الصفة تتم مع خيار العيب بعد القبض وإن كانت لا تتم قبله وفيه وضع المسئلة ، فلو عاد
إليه بسبب هو فسخ فهو على خيار الرؤية كذا ذكره شمس الأئمة السرخسى رحمه الله :
وعن أبي يوسف أنه لا يعود بعد سقوطه كخيار الشرط ، وعليه اعتمد القدوري .

باب خيار العيب

(وإذا أطلع المشتري على عيب في المبيع فهو بالخيار إن شاء أخذه بجميع الثمن وإن
شأمرده) لأن مطلق العقد يقتضى وصفا السلامة فعند فواته يتخير كيلا يتضرر ب لزوم
مالا يرضى به (وليس له أن يمسه يأخذ النقصان) لأن الأوصاف لا يقابلها شيء من الثمن

في مجرد العقد ، ولأنه لم يرض بزواله عن ملكه بأقل من المسمى ، فيتضرر به ، ودفع الضرر عن المشتري ممكناً بالرد بدون تضرره والمراد به عيب كان عند البائع ولم يره المشتري عند البيع ولا عند القبض لأن ذلك رضا به .

قال (وكل ما أوجب تقصان الثمن في عادة التجار فهو عيب) لأن الضرر بنقصان الثلابة وذلك بانقاص القيمة والمرجع في معرفته عرف أهله .

(والإبقاء والبول في الفرائش والسرقة في الصغير عيب ما لم يبلغ فإذا بلغ فليس ذلك يعيب حتى يعاوده بعد البلوغ) ومعناه إذا ظهرت عند البائع في صغره ثم حدثت عند المشتري في صغره فله أن يرده لأنه حين ذلك ، وإن حدثت بعد بلوغه لم يرده لأنه خبره ، وهذا لأن سبب هذه الأشياء يختلف بالصغر والكبر ، فالبول في الفرائش في الصغر لضحمت المثانة وبعد الكبر للناء في الباطن ، والإبقاء في الصغير لحب اللعب والسرقة لقلة المبالاة وهما بعد الكبر نغيث في الباطن ، والمراد من الصغير من يعقل فأما الذي لا يعقل فهو ضال لا آتى فلا يتحقق حياء .

قال (والجنون في الصغر عيب أبداً) ومعناه إذا جن في الصغر في يد البائع ثم عاوده في يد المشتري فيه أو في الكبر يرده لأنه حين الأول إذ السبب في الحالين متحد وهو فساد العقل وليس معناه أنه لا يشترط المعاودة في يد المشتري لأن الله تعالى قادر على إزالته وإن كان فلما يزول فلا بد من المعاودة للرد .

قال (والبخر والغبر عيب في الجارية) لأن المقصود قد يكون الاستفراش وطلب الولد وهما يخلان به وليس يعيب في الغلام ، لأن المقصود هو الاستخدام ولا يخلان به إلا أن يكون من علم لأن الناء عيب .

(والزنا وولد الزنا عيب في الجارية دون الغلام) لأنه يخل بالمقصود في الجارية وهو الاستفراش وطلب الولد ، ولا يخل بالمقصود في الغلام وهو الاستخدام إلا أن يكون الزنا حادثة له على ما قالوا لأن اتباعهن يخل بالخلعة .

قال (والكفر عيب فيما) لأن طبع المسلم يضر عن صحبه ولأنه يعتن صرفة في بعض الكفارات تختل الرغبة ، فلو اشترى على أنه كافر فوجده مسلماً لا يرده لأنه زوال العيب . وعند الغائب يرده لأن الكافر يستعمل فيما لا يستعمل فيه المسلم وقوات الشرط بمنزلة العيب . قال (فلو كانت الجارية بالغة لأعفى أو هي مستحضة فهو عيب) لأن ارتفاع الدم

واستمراره علامة الداء ويعتبر في الارتفاع أقصى غاية البلوغ ، وهو سبع عشرة سنة فيما عند أبي حنيفة رحمه الله ويعرف ذلك بقول الأمة فرد إذا انضم إليه نكول البائع قبل القبض وبعده وهو الصحيح .

قال (وإذا حدث عند المشتري عيب فاطلع على عيب كان عند البائع فله أن يرجع بالنقصان ولا يرد المبيع) لأن في الرد إضرارا بالبائع لأنه خرج عن ملكه سالما ويعود معيا فامتنع ولا بد من دفع الضرر عنه فتعين الرجوع بالنقصان إلا أن يرضى البائع أن يأخذه بعينه لأنه رضى بالضرر .

قال (ومن اشترى ثوبا قطعه فوجد به عيبا رجع بالمعيب) لأنه امتنع الرد بالقطع فإنه عيب حادث (فإن قال البائع أنا قبله كذلك كان له ذلك) لأن الامتناع لحقه وقد رضى به (فإن باعه المشتري لم يرجع بشيء) لأن الرد غير ممتنع برضا البائع فيصير هو البائع حابسا للمبيع فلا يرجع بالنقصان (فإن قطع الثوب وخاطه أو صبغه أحرأ أولت السوق بسمن ثم اطلع على عيب رجع بنقصانه) لامتناع الرد بسبب الزيادة لأنه لا وجه إلى الفسخ في الأصل بدونها لأنها لا تنفك عنه ولا وجه إليه معها لأن الزيادة ليست بمبيعة فامتنع أصلا (وليس البائع أن يأخذه) لأن الامتناع لحق الشرع لالحقه (فإن باعه المشتري بعد ما رأى العيب رجع بالنقصان) لأن الرد ممتنع أصلا قبله ، فلا يكون بالبائع حابسا للمبيع ومن هذا قلنا إن من اشترى ثوبا قطعه لباسا لولده الصغير وخاطه ثم اطلع على عيب لا يرجع بالنقصان ولو كان الولد كبيرا يرجع ، لأن التملك حصل في الأول قبل الخياطة وفي الثاني بعدها بالتسليم إليه .

قال (ومن اشترى عبدا فأعتقه أو مات عنه ثم اطلع على عيب رجع بنقصانه) أما الموت فلأن الملك ينتهي به والامتناع حكى لا يفعله ، وأما الإعتاق فالقياس فيه أن لا يرجع لأن الامتناع بفعله فصار كالقتل . وفي الاستحسان يرجع لأن العتق إنهاء الملك لأن الأدنى ما خلق في الأصل محلا للملك ، وإنما يثبت الملك فيه موقتا إلى الاجتاق فكان إنهاء فصار كال موت ، وهذا لأن الشيء يقرر بانتهائه فيجمل كأن الملك باق والرد معتذر والتدبير والاستيلاء بمنزلة لأن تعلم القتل مع بقاء المحل بالأمر الحكى (وإن أعتقه على مال لم يرجع بشيء) لأنه حبس بقله وحبس البدل كحبس البدل ، وعن أبي حنيفة أنه يرجع لأنه إنهاء للملك وإن كان يعرف (فإن قتل للمشتري العبد لو كان طعاما فأكله لم يرجع

يقهره عند أبي حنيفة . أما القتل فالذكر ظاهر الرواية . وعن أبي يوسف أنه يرجع (لأن قتل المولى عبده لا يمتلئ به حكم دنياوى فصار كالموت) حتى أنه فيكون إنهاء : ووجه الظاهر أن القتل لا يوجد إلا مضمونا ، وإنما يسقط الضمان ههنا باعتبار الملك فيصير كالمستفيد به عوضا بخلاف الإعتاق لأنه لا يوجب الضمان لامالة كإعتاق المهرس عبدا مشتركا ، وأما الأكل فعلى الخلاف ، فتعديما يرجع وعنده لا يرجع استحسانا ، وعلى هذا الخلاف إذا لبس الثوب حتى تحرق : لهذا أنه صنع فى المبيع ما يقصد بشرائه ويعتاد فعله فيه ، فأشبه الإعتاق : وله أنه تعمز الرد بفعل مضمون منه فى المبيع فأشبه البيع والقتل ولا يعتبر بكونه مقصودا ، ألا ترى أن البيع مما يقصد بالشراء ثم هو يمنع الرجوع فإن أكل بعض الطعام ثم علم بالميب فكذا الجواب عند أبي حنيفة رحمه الله لأن الطعام كشيء واحد فصار كبيع البعض وعندهما أنه يرجع بنقصان الميب فى الكل وعندهما أنه يرد ما بقى لأنه لا يضره التبعض :

قال (ومن اشترى بيضا أو بطيخا أو قثاء أو خياراً أو جوزاً ففسده فوجده فاسداً فإن لم ينضع به وجمع بالثمن كله) لأنه ليس بمال فكان البيع باطلا ولا يعتبر فى الجوز صلاح قشره على ما قيل لأن مالهته باعتبار اللب (وإن كان ينضع به مع فساد لم يرد) لأن الكسر حيب حادث (و) لكنه (يرجع بنقصان الميب) دفعا للضرر بقدر الإمكان : وقال الشافعى رحمه الله يرد لأن الكسر يسهل ليطه : قلنا التسليط على الكسر فى ملك المشتري لافى ملكه فصار كما إذا كان ثوبا مقطوعا ؛ ولو وجد البعض فاسداً وهو قليل جاز البيع استحسانا لأنه لا يخلو عن قليل فاسد ، والقليل ما لا يخلو عنه الجوز عادة كالواحد والاثنين فى المائة وإن كان القاسد كثيراً لا يجوز و يرجع بكل الثمن لأنه جمع بين المال وغيره فصار كالجمع بين الحر والعبد :

قال (ومن باع عبداً فباعه المشتري ، ثم رده عليه بعيب ، فإن قبل بقضاء القاضى بإقرار أو بيعة أو إيباء يمين له أن يردّه - على بائنه -) لأنه فسخ من الأصل فجعل البيع كأن لم يكن ، غاية الأمر أنه أنكر قيام العيب لكنه صار مكذبا شرعا بالقضاء ، ومعنى القضاء بالإقرار أنه أنكر الإقرار فأثبت بالبيعة وهذا بخلاف الوكيل بالبيع إذا رده عليه بعيب بالبيعة حيث يكون ردأ على الموكل لأن البيع هناك واحد والموجود ههنا يمان فيفسخ الثانى والأول لا يفسخ (وإن قبل بغير قضاء القاضى ليس له أن يردّه) لأنه بيع جديد فى حق ثالث وإن كان فسحا فى حقهما والأول ثالثهما :

(وفي الجملع الصغير وإن رد عليه بإقراره بغير قضاء بعيب لا يحدث مثله لم يكن له أن يخاضع الذي باعه) وبهذا يتبين أن الجواب فيما يحدث مثله وفيما لا يحدث سواء وفي بعض روايات البيوع إن كان فيما لا يحدث مثله يرجع بالنقصان للتيقن بقيام العيب عند البائع الأول .

قال (ومن اشترى عبداً فقبضه فادعى حياً لم يجبر على دفع الثمن حتى يحلف البائع أو يقيم المشتري البيعة) لأنه أنكر وجوب دفع الثمن حيث أنكر تعين حقه بدعوى العيب ، ودفع الثمن أولاً ليعين حقه بإزاء تعين المبيع ولأنه لو قضى بالدفع فله يظهر العيب حينئذ القضاء فلا يقضى به مونا لقضائه (فإن قال المشتري شهدي بالقسم استحلف البائع ودفع الثمن) يعنى إذا حلف ولا ينتظر حضور الشهود لأن في الانتظار ضرراً بالبائع وليس في الدفع كثير ضرر به لأنه على حجة : أما إذا نكل أنزم العيب لأنه حجة فيه ؟

قال (ومن اشترى عبداً فادعى إياها لم يحلف البائع حتى يقيم المشتري البيعة أنه أبقى عنده) والمراد التحليف على أنه لم يأتى عنده لأن القول وإن كان قوله ولكن إنكاره إنما يعتبر بعد قيام العيب به في يد المشتري ومعرفة بالحجة (فإذا أقامها حلف بالله تعالى لقد باعه وسلمه إليه وما أبقى عنده قط) كذا قال في الكتاب وإن شاء حلفه بالله ماله حتى الرد عليك من الوجه الذى يدعى أو بالله ما أبقى عندك قط أما لا يحلفه بالله لقد باعه وما به هذا العيب ولا بالله لقد باعه وسلمه وما به هذا العيب ، لأن فيه ترك النظر للمشتري لأن العيب قد يحدث بعد البيع قبل التسليم وهو موجب للرد ، والأول ذهول عنه والثاني يبرهم تعلقه بالشرطين فيأوله في الميعن عند قبضه وقت التسليم دون البيع ولو لم يجد المشتري بيعة على قيام العيب عنده وأراد تحليف البائع بالله ما يعلم أنه أبقى عنده يحلف على قولها .

واختلف المشايخ على قول أبي حنيفة . لما أن الدعوى معتبرة حتى يترتب عليها البيعة هكذا يترتب التحليف ، وله على ما قاله البعض أن الحلف يترتب على دعوى صحيحة وليست تصح إلا من خصم ولا يصير خصماً فيه إلا بعد قيام العيب . وإذا نكل عن الميعن عندهما يحلف ثانياً للرد على الوجه الذى قبلناه . قال رضى الله عنه : إذا كانت للدعوى في إباق الكبير يحلف ما أتى من ذلك . بلغ الرجال لأن الإباق في الصغير لا يوجب رده جمع البلوغ ،

قال (ومن اشترى جارية ، ففادها فوجد بها عيباً فقال البائع بطلت هذه وأمرى معها

وقال المشتري بعتنيا وحدها ، فالقول قول للمشتري) لأن الاختلاف في مقدار المقبوض فيكون القول للقايض كما في العصب (وكذا إذا اتفقا على مقدار المبيع واختلفا في المقبوض) **بابنا** .

قال (ومن اشترى عشرين صفة واحدة فقبض أحدها ووجد بالآخر عينا فإنه يأخذها أو يدهمها) . لأن الصفة تم قبضهما فيكون تفريقا قبل التمام وقد ذكرناه ، وهذا لأن القبض له شبه بالعقد فالتفريق فيه كالتفريق في العقد . ولو وجد بالمقبوض عينا اختلفوا فيه ، ويروي عن أبي يوسف رحمه الله أنه يرده خاصة ، والأصح أنه يأخذها أو يردها لأن تمام الصفة تعلق قبض المبيع وهو اسم للكل فصار كجنس المبيع لما تعلق زواله باستيفاء الغير لا يزول دون قبض جميعه ، ولو قبضهما ثم وجد بأحدهما عينا يرده خاصة خلافا لفرعوه يقول فيه تفريق الصفة ولا يعرى عن ضرر ، لأن العادة جرت بضم الجيد إلى الرديء فله ما قبل القبض ونحو الرؤية والشرط . ولنا أنه تفريق الصفة بعد التمام لأن القبض تم الصفة في خيار المبيع وفي خيار الرؤية والشرط لا تم به على ما مر ولهذا لو استحق أحدهما ليس له أن يرد الآخر .

قال (ومن اشترى شيئا بما يكال أو يوزن فوجد يعضه عينا رده كله أو أخذه كله) ويراده بعد القبض لأن المسكيل إذا كان من جنس واحد فهو كشيء واحد . ألا ترى أنه يسمى باسم واحد وهو الكر ونحوه وقيل هذا إذا كان في وعاء واحد فإذا كان في وعاءين فهو بمنزلة عشرين حتى يرد الوعاء الذي وجد فيه العيب دون الآخر .

(ولو استحق بعضه فلا خيار له في رد ما بقي) لأنه لا يضره التبعض ، والاستحقاق لا يمنع تمام الصفة لأن عملها برضا المالك لا برضا المالك وهذا إذا كان بعض القبض أما لو كان قبل القبض فله أن يرد الباقي لتفرق الصفة قبل التمام . قال (وإن كان ثوبا فله ان خيار) لأن التلقيص فيه عيب وقد كان وقت البيع حيث ظهر الاستحقاق بخلاف المنكيل والموزون .

قال (ومن اشترى جارية فوجد بها قرحا فداوله أو كانت دابة فركبها في حاجة فهو رضا) لأن ذلك دليل قصد الاستيفاء بخلاف خيار الشرط لأن الخيار هناك للاختار وأنه بالاستعمال فلا يكون الركوب تحققا (وإن ركبها ليردها على بائعها أو يبقيا أو لبشترى لها خلفا وليس رضا) أما الركوب فرد فلأنه سبب الرد ، ولجواب في السقي واشترائه

الغلب محمول على ما إذا كان لا يجذباً منه إما لصورتها أو لبعدها أو لسكونه الخلف فيه
عقل واحد ، وأما إذا كان محمداً بدهاً لا يندم ما ذكرناه يكون رخصاً .

قال (ومن اشترى شيئاً قد سرق ولم يعلم به فقطع عند المشتري له أن يردده ويأخذ
الغن عند أبي حنيفة رحمه الله : وقالوا يرجع بما بين قيمته صارقاً إلى غير صارق) وعلى هذا
الخلاف إذا قتل بسبب وجد في يد البائع .

والحاصل أنه بمنزلة الاستحقاق عنده وبمنزلة العيب عندهما . لما أن الموجود في يد
البائع سبب القطع والقتل وأنه لا ينافي المالية ففقد العقد فيه لكنه متبني فيرجع بضمه
عند تعدد رده وصار كما إذا اشترى جارية حاملاً فانت في يده بالولادة فإنه يرجع بفضل
ما بين قيمتها عاملاً إلى غير حامل . وله أن سبب الوجوب في يد البائع والوجوب يقضي
إلى الوجود ، فيكون الوجود مضافاً إلى السبب السابق وصار كما إذا قتل المنيب أو قطع
بعد الرد بمنزلة وجدت في يد الغاصب وما ذكر من المستتة ممنوعة : ولو سرق في يد البائع
ثم فريد المشتري قطع بهما عندهما يرجع بالتضمن كما ذكرنا ، وعنده لا يردده بدون رخصاً
البائع للعيب الحادث . ويرجع بريح الغن ، وإن قبله البائع في ثلاثة الأرباع لأن اليد من الأدنى
نصفه وقد تلفت بالمتناهي ، وفي إحداها يرجع فكتصف ، ولو تداولته الأيدي ثم قطع
في يد الأخير رجح الباعة بعضهم على بعض عنده كما في الاستحقاق وعندهما يرجع الأخير
على يائمه ولا يرجع يائمه على يائمه لأنه بمنزلة العيب ، وقوله في الكتاب ولم يعلم المشتري
يفيد على منعهما لأن العلم بالعيب رخصاً به ولا يفيد على قوله في الصحيح لأن العلم
بالاستحقاق لا يمنع الرجوع .

قال (ومن باع عبداً وشرط البرائة من كل عيب غلبس له أن يردده بسبب وإن لم يسم
العيب بعدها) وقال الشافعي رحمه الله : لا تصح البرائة بناء على مذهبه أن الإبراء من
الحقوق المجهولة لا يصح ، هو يقول إن في الإبراء معنى التمليك حتى يرد بالرد وتمليك
المجهول لا يصح . ولنا أن الجهالة في الإسقاط لا تنفي إلى المتابعة وإن كان في ضمه
التمليك لعدم الحاجة إلى التسليم فلا تكون مفسدة رخصاً . البرائة العيب الموجود
والحادث قبل القبض في قول أبو يوسف : وقال محمد رحمه الله : لا يدخل فيه الحادث
وهو قول زفر رحمه الله لأن البرائة تنقضي الثابت : ولأبي يوسف رحمه الله أن القرض
الزام العقد بإسقاط حقه من صفة السلامة وذلك بالبرائة عن الوجود والحادث .

باب البيع الفاسد

(وإذا كان أحد الموضعين أو كلاهما محرماً فالبيع فاسد كالبيع بالميتة والدم والخمر والخنزير ، وكلنا إذا كان غير مملوك كالحر) قال العبد الضعيف : هذه فصول جميعها وفيها تفصيل نيته إن شاء الله تعالى فنقول : البيع بالميتة والدم باطل ، وكلنا بالحر لانعدام ركن البيع وهو مبادلة المال بالمال فإن هذه الأشياء لاتعد مالا عند أحد ، ولبيع بالخمر والخنزير فاسد لوجود حقيقة البيع وهو مبادلة المال بالمال فإنه مال عند البعض والباطل لا يفيد ملك التصرف ، ولو هلك المبيع في يد المشتري فيه يكون أمانة عند بعض المشايخ لأن العقد غير معتبر فبقى القبض بإذن المالك وعند البعض يكون مضمونا لأنه لا يكون أدنى حالا من المقبوض على سوم للشراء ، وقيل الأول قول أبي حنيفة رحمه الله ، والثاني قولهما كما في بيع أم الولد والمدير على ما نيته إن شاء الله تعالى . والفاسد يفيد الملك عند اتصال القبض به ويكون البيع مضمونا في يد المشتري فيه ، وفيه خلاف الشافعي رحمه الله ، وسفينه جدد إن شاء الله تعالى . وكذا بيع الميتة والدم والحر باطل ، لأنها ليست أموالا فلا تكون محلا للبيع . وأما بيع الخمر والخنزير إن كان قوبل بالدين كالدرهم والدنانير فالبيع باطل ، وإن كان قوبل ببعين فالبيع فاسد حتى يملك ما يقابله وإن كان لا يملك عين الخمر والخنزير . ووجه الفرق أن الخمر مال ، وكذا الخنزير مال عند أهل اللغة إلا أنه غير مقنن لما أن الشرع أمر بإهاتته وترك إعزازه وفي تملكه بالعقد مقصوداً إعزاز له ، وهذا لأنه متى اشتراها بالدرهم فالدرهم غير مقصودة لكونها وسيلة لما أنها تجب في الذمة ، وإنما المقصود الخمر فسطت المقنن أصلاً بخلاف ما إذا اشترى الثوب بالخمر لأن المشتري للثوب إنما يقصد تملك الثوب بالخمر وفيه إعزاز للثوب دون الخمر فبقى ذكر الخمر معتبراً في تملك الثوب لا في حق نفس الخمر حتى فسدت القسمة ووجبت قبضة الثوب دون الخمر ، وكلنا إذا باع الخمر بالثوب لأنه يعتبر شراء الثوب بالخمر لكونه مقايضة :

قال (ويبيع أم الولد والمدير والمكاتب فاسد) ومعناه باطل لأن استحقاق العتق قد ثبت لأمر الولد لقوله عليه الصلاة والسلام « أعطوها ولدها » وسبب الحرية العقد في حق المدير في الحال لبطلان الأهلية بعد الموت والمكاتب استحقق بلداً على نفسه لازمة في حق المولى ، ولو ثبت الملك بالبيع لبطل ذلك كله فلا يجوز ، ولو رضى المكاتب بالبيع ففيه

روايتان : والأظهر الجواز والمراد المدير المطلق دون التقييد : وفي المطلق بخلاف العاقل
رحمه الله وقد ذكرناه في العاقل .

قال (وإن ماتت أم الولد أو المدير في يد المشتري فلا ضمان عليه عند أبي حنيفة رحمه
الله ، وقالوا عليه قبضتهما) وهو رواية عنه ؛ لهما أنه مقبوض بجهة البيع فيكون مضمونا
عليه كسائر الأموال وهذا لأن المدير وأم الولد يدخلان تحت البيع حتى يملك ما يضم
إليهما في البيع ، بخلاف المكاتب لأنه في يد نفسه فلا يتحقق في حقه القبض وهذا الضمان
به ؛ وله أن جهة البيع إنما تلحق بحقيقته في محل يقبل الحقيقة وهما لا يقبلان حقيقة البيع ،
فصارا كالمكاتب ، وليس دخولهما في البيع في حق أنفسهما وإنما ذلك لبثت حكم البيع
فيما ضم إليهما فصار كالمشتري لا يدخل في حكم عقده بانفراده وإنما يثبت حكم الدخول
فيما ضمه إليه كلها هذا .

قال (ولا يجوز بيع السمك قبل أن يصطاد) لأنه باع ما لا يملكه (ولا في حظيرة
إذا كان لا يؤخذ إلا بصيد) لأنه غير مقدور التسليم ، ومعناه إذا أخذه ثم ألقاه فيها
ولو كان يؤخذ من غيره حيلة حاز إلا إذا اجتمعت فيها بأنفسها ولم يسد عليها المصطل
لعلم الملك :

قال (ولا بيع الطير في الهواء) لأنه غير مملوك قبل الأخذ ، وكذا لو أرسله من يده
لأنه غير مقدور التسليم (ولا بيع الحمل ولا التاج) انتهى النبي عليه الصلاة والسلام عن
بيع الحبل وحبل الحيلة ولأن فيه ضرراً .

قال (ولا اللبن في الضرع) للفرق فضاء انفتاح ولأنه ينازع في كيفية الحلب وربما
يزداد فيختلط بالمبيع بغيره .

قال (ولا الصوف على ظهر الغنم) لأنه من أوصاف الحيوان ولأنه ينبت من أسفل ،
فيختلط بالمبيع بغيره بخلاف القوائم لأنها تزيد من أعلى وبخلاف الفصيل لأنه يمكن قلعه
والقطع في الصوف متعين فيقع التنازع في موضع القطع : وقد صح أنه عليه الصلاة
والسلام نهى عن بيع الصوف على ظهر الغنم وعن لبن في ضرع وعن سمن في لبن ، وهو
حجة على أبي يوسف رحمه الله في هذا الصوف حيث يجوز بيعه فيما يروى عنه .

قال (وجذع في سقف وذراع من ثوب ، ذكرنا القطع أو لم يذكره) لأنه لا يمكن
تسليمه إلا بضرر ، بخلاف ما إذا باع عشرة دراهم من نفرة فضة لأنه لا ضرر في تبعضه

ولو لم يكن ممينا لا يجوز لما ذكرنا وللجهالة أيضا ، ولو قطع البائع الثراح أو قطع الجذع قبل أن يفسخ المشتري يعود صحيحا لزوال المفسد ، بخلاف ما إذا باع النوى في التمر أو البذر في البطيخ حيث لا يكون صحيحا وإن شقهما وأخرج المبيع لأن في وجودهما احتمالا لها الجذع فعين موجود . قال (وضربة القانص) وهو ما يخرج من الصيد بضرب الشبكة مرة لأنه مجهول ولأن فيه غررا .

قال (ويبيع المزابنة وهو بيع الثمر على التخيل بتمر مجلود مثل كيله خرصا) لأنه عليه الصلاة والسلام نهى عن المزابنة والمحاقلة ، فالمزابنة ما ذكرنا والمحاقلة بيع الحنطة في سنبها بمحطة مثل كيلها خرصا ولأنه باع مكيلا بمكيل من جنسه فلا يجوز بطريق آخرص كما إذا كانا موضوعين على الأرض وكذا الغنم بالزبيب على هذا .

وقال الشافعي رحمه الله : يجوز فيها دون خمسة أوسق لأنه عليه الصلاة والسلام نهى عن المزابنة ورخص في العرايا وهو أن يباع بخرصها تمرا فيها دون خمسة أوسق . قلنا العرية العلية لغة ، وتأويله أن يبيع المعري له ما على التخيل من المعري بتمر مجلود وهو بيع مجازا لأنه لم يملكه فيكون برا مبتدأ .

قال (ولا يجوز البيع بالقاء الحجر والملاسة والمنابذة) وعلمه بيع كانت في الجاهلية وهو أن يتراوض الرجلان على سلعة أى يتساومان فإذا لمسها المشتري أو نبذها إليه البائع أو وضع المشتري عليها حصاة لزم البيع ، فالأول بيع الملاسة والثاني بيع المنابذة والثالث إلقاء الحجر . وقد نهى عليه الصلاة والسلام عن بيع الملاسة والمنابذة ولأن فيه تطليقا بالخطر .

قال (ولا يجوز بيع ثوب من ثوبين) للجهالة المبيع ، ولو قال على أنه بالخيار في أن يأخذ أيهما شاء جاز البيع استحسانا ، وقد ذكرناه بفروعه .

قال (ولا يجوز بيع المراهى ولا إيجارها) المراد الكلاء . أما البيع فلأنه ورد على مالا يملكه لاشتراك الناس فيه بالحديث . وأما الاجارة فلأنها عقدت على استهلاك عين مباح ، ولو عقدت على استهلاك عين مملوك بأن استأجر بكرة ليشرب لبنها لا يجوز فهذا أولى .

قال (ولا يجوز بيع النحل) وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله . وقال محمد رحمه الله : يجوز إذا كان محرزا ، وهو قول الشافعي رحمه الله لأنه حيوان مستنع به

حقيقة وشرا فيجوز بيعه وإن كان لا يؤكل كالبلل والحمار . ولما أنه من الهوام فلا يجوز بيعه كالزناير والانتفاع بما يخرج منه لا يبيعه فلا يكون منتفعا به قبل الخروج حتى لو باع كواره فيها عسل بما فيها من النحل يجوز تبعا له كذا ذكره الكرخي (ولا يجوز بيع دود القز عند أبي حنيفة رحمه الله) لأنه من الهوام ، وعند أبي يوسف رحمه الله يجوز إذا ظهر فيه القز تبعا له ، وعند محمد رحمه الله يجوز كيفما كان لكونه منتفعا به (ولا يجوز بيع بيضه عند أبي حنيفة رحمه الله وعندهما يجوز) لمكان الضرورة ، وقيل : أبو يوسف مع أبي حنيفة كما في دود القز والحمام إذا علم عددها وأمكن تسليمها جازيها لأنه مال مقدور للتسليم (ولا يجوز بيع الآبق) انتهى النبي عليه الصلاة والسلام عنه ولأنه لا يقدر على تسليمه إلا أن يبيعه من رجل زعم أنه عنده (لأن المنهى عنه بيع آبق مطلق وهو أن يكون آبقا في حق المتعاقدين وهذا غير آبق في حق المشتري ولأنه إذا كان عند المشتري انتهى العجز عن التسليم وهو المانع ثم لا يصير قابضا بمجرد العقد إذا كان في يده وكان أشهد عند أخذه لأنه أمانة عنده ، وقبض الأمانة لا ينوب عن قبض البيع ولو كان لم يشهد يجب أن يصير قابضا لأنه قبض غصب ، ولو قال : هو عند فلان فبني فباعه لا يجوز لأنه آبق في حق المتعاقدين ولأنه لا يقدر على تسليمه ، ولو باع الآبق ثم عاد من الإباق لا يتم ذلك العقد لأنه بيع باطل لا نعدام الخطية كبيع الطير في الهواء . وعن أبي حنيفة رحمه الله : أنه يتم العقد إذا لم يفسخ لأن العقد انعقد لقيام المالية والمانع قد ارتفع وهو العجز عن التسليم ، كما إذا آبق بعد البيع وهكذا يروى عن محمد .

قال (ولا يجوز بيع لبن امرأة في قدح) وقال الشافعي رحمه الله : يجوز بيعه لأنه مشروب حرام . ولأنه جزء الآدمي وهو بجميع أجزائه مكرم مصون عن الابتدال بالبيع ، ولا فرق في ظاهر الرواية بين لبن الحرة والأمة . وعن أبي يوسف رحمه الله أنه يجوز بيع لبن الأمة لأنه يجوز لإراد العقد على نفسها . فكذلك على جزئها . قلنا الرق قد حل نفسها ، فأما اللبن فلا روق فيه لأنه يختص بمحل يتحقق فيه القوة التي هي ضده وهو الحي ولا حياة في اللبن . قال (ولا يجوز بيع شعر الخنزير) لأنه نجس العين فلا يجوز بيعه إهانة له ، ويجوز الانتفاع به للضرورة فإن ذلك العمل لا يتأتى بدون وجود مباح الأصل فلا ضرورة إلى البيع . ولو وقع في الماء القليل أفسده عند أبي يوسف رحمه الله ، وعند محمد رحمه الله لا يفسده لأن إطلاق الانتفاع به دليل طهارته ، ولأبي يوسف رحمه الله أن الإطلاق للضرورة فلا يظهر إلا في حالة الاستعمال وحالة الوقوع تغايرها

قال (لا يجوز بيع شعور الإنسان ولا الانتفاع بها) لأن الآدمي مكرم لا مبتذل ، فلا يجوز أن يكون شيء من أجزائه مهانا ومبتذلا ، وقد قال عليه الصلاة والسلام : لمن افقه الواصلة والمستوصلة ، الحديث ، وإنما يرخص فيها يتخذ من الورير ليزيد في قرونة النساء وذوائبهن .

قال (ولا بيع جلود الميتة قبل أن تدبغ) لأنه غير مستضع به . قال عليه الصلاة والسلام : لا تنقصوا من الميتة بأهاب ، وهو اسم لغير المدبوغ على ما مر في كتاب الصلاة (ولا بأس ببيعها والانتفاع بها بعد اللهاغ) لأنها قد طهرت بالدباغ ، وقد ذكرناه في كتاب الصلاة (ولا بأس ببيع عظام الميتة وعصبيها وصفوفها وقرنها وشعرها ووبرها والانتفاع بملك كله) لأنها طاهرة لا يجلها الموت لعدم الحياة وقد قررناه من قبل ، والفيل كان خير نجس العين عند محمد رحمه الله ، وعندهما بمنزلة السباع حتى يباع عظمه وينتفع به .

قال (وإذا كان السفلى لرجل وعلوه لآخر فسقطا أو سقط العلو وحده فباع صاحبه العلو علوه لم يميز) لأن حق التعلل ليس بمال لأن المال ما يمكن إحرازه ، والمال هو المثل للبيع بخلاف الشرب حيث يجوز بيعه تبعا للأرض باتفاق الروايات ، ومنفردا في رواية وهو اختيار مشايخ بلخ لأنه حفظ من الماء ولهذا يضمن بالإتلاف وله قسط من الثمن على ما ذكره في كتاب الشرب .

قال (وبيع الطريق وهبته جائر وبيع مسيل الماء وهبته باطل) والمسئلة تحتل وجهين : بيع رقة الطريق والمسيل وبيع حق المرور والتسييل ، فإن كان الأول فوجه الفرق بين المستثنين أن الطريق معلوم لأن له طولاً وعرضاً معلوماً : وأما المسيل فجبهول لأنه لا يدري قدر ما يشغله من الماء ، وإن كان الثاني ففي بيع حق المرور روايتان . ووجه الفرق على إحداهما بينه وبين حق التسييل أن حق المرور معلوم لتعلقه بمحل معلوم وهو الطريق . أما المسيل على السطح فهو نظير حق التعلل وعلى الأرض مجهول لجهالة محله . ووجه الفرق بين حق المرور وحق التعلل على إحدى الروايتين أن حق التعلل يتعلق بعين لا تبقى وهو البناء فأشبهه المنافع ، أما حق المرور يتعلق بعين تبقى وهو الأرض فأشبهه الأعيان .

قال (ومن باع جارية فإذا هو غلام فلا بيع بينهما) بخلاف ما إذا باع كبشاً فإذا هو حجة حيث يتعدى البيع ويتخير ، وتفرق بينى على الأصل الذي ذكرناه في النكاح وخمد رحمه الله ، وهو أن الإشارة مع التسمية إذا اجتمعتا في مختلفي الجنس يتعلق العقد بالسمي

ويبطل لاعدامه وفي متحدى الجنس يتعلق بالشار إليه وينعقد لوجوده ويتخير لقوات الوصف كن اشترى عبدا على أنه خبيل فإذا هو كاتب وفي مسئلتنا الذكر والأنثى من بنى آدم جنسان للتفاوت في الأغراض وفي الحيوانات جنس واحد للتقارب فيها، وهو المعتبر في هذا دون الأصل كالخل والدبس جنسان والودارى والزندنجى على ما قالوا جنسان مع اتحاد أصلهما .

قال (ومن اشترى جارية بألف درهم حالة أو نسيئة فقبضها ثم باعها من البائع بخمسمائة قبل أن ينقد الثمن الأول لا يجوز البيع الثاني) وقال الشافى رحمه الله : يجوز لأن الملك قد تم فيها بالقبض فصار البيع من البائع ومن غيره سواء وصار كما لو باع بمثل الثمن الأول أو بالزيادة أو بالعرض . ولنا قول حالفة رضى الله عنها لتلك المرأة وقد باعت بسنائة بعد ما اشترت بها عمالة : بثما شريت واشتريت ، أبلغى زيد بن أرقم أن الله تعالى أبطل حجه وجهاده مع رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم إن لم يتب ولأن الثمن لم يدخل في ضمانه فإذا وصل إليه المبيع ووقعت المقاصة بقي له فضل خمسمائة وذلك بلا عوض ، بخلاف ما إذا باع بالعرض لأن الفضل إنما يظهر عند المهانة .

قال (ومن اشترى جارية بخمسمائة ثم باعها وأخرى معها من البائع قبل أن ينقد الثمن بخمسمائة فالبيع جاز في التي لم يشترها من البائع ويبطل في الأخرى) لأنه لا بد أن يجعل بعض الثمن بمقابلة التي لم يشترها منه فيكون مشتريا للأخرى بأقل مما باع وهو فاسد عندنا ولم يوجد هذا المص في صاحبنا ولا يشيع الفساد لأنه ضعيف فيها لكونه مجتهدا فيه أولا لأنه باعتبار شبه الربا أو لأنه طارىء لأنه يظهر بانقسام الثمن أو المقاصة فلا يسرى إلى غيرها . قال (ومن اشترى زيتا على أن يزنه بظرفه فيطرح عنه مكان كل ظرف خمسين رطلا فهو فاسد وإن اشترى على أن يطرح عنه بوزن الظرف جاز) لأن الشرط الأول لا يقتضيه النقد والثاني يقتضيه :

قال (ومن اشترى سمنا في زق فرد الظرف وهو عشرة أوطال فقال البائع : فرق غير هذا وهو خمسة أوطال فالقول قول المشتري) لأنه إن اعتبر اختلافا في معنى الفرق القهوى فالقول قول القاهض ضمينا كان أو أمينا ، وإن اعتبر اختلافا في الوزن فهو في الحقيقة اختلاف في الثمن فيكون القول قول المشتري لأنه ينكر الزيادة .

قال (وإذا أمر المسلم نصرانيا ببيع خمر أو بشرائها فعل ذلك جاز عند أبي حنيفة ، ولا : لا يجوز للمسلم) وحل هذا الاختلاف التخيير وحل هذا توكيل المهرم غيره ببيع

حبيبه . لما أن الموكل لأبيه فلا يوليه غيره ، ولأن ما ثبت للوكيل ينقل إلى الموكل خصارك أنه باشره بنفسه فلا يجوز . ولأن حنيفة أن العاقد هو الكفيل بأهليته وولايته وانتقال الملك إلى الأمر أمر حكى فلا يمنع بسبب الإسلام كما إذا ورثها ، ثم إن كان خرا يظنها وإن كان خزيرا يسيه .

قال (ومن باع عبدا على أن يعتقه المشتري أو يدبره أو يكتبه أو أمة على أن يستولمها فالبيع فاسد) لأن هذا بيع وشرط وقد نهى النبي صلى الله عليه وآله وسلم عن بيع وشرط ثم حلة المذهب فيه أن يقال : كل شرط يقتضيه العقد كشرط الملك للمشتري لا يفسد العقد كيثوته بدون للشرط ، وكل شرط لا يقتضيه العقد وفيه منفعة لأحد المتعاقدين أو للمعقود عليه وهو من أهل الاستحقاق يفسده كشرط أن لا يبيع المشتري العبد المبيع ، لأن فيه زيادة عارية عن العوض فيؤدي إلى الربا أولاً لأنه يقع بسببه المنازعة فيعري العقد عن مقصوده إلا أن يكون متعارفاً لأن العرف قاض على القياس ، ولو كان لا يقتضيه العقد ولا منفعة فيه لأحد لا يفسده وهو الظاهر من المذهب كشرط أن لا يبيع المشتري الدابة المبيعة لأنه جعلت المطالبة فلا يؤدي إلى الربا ولا إلى المنازعة . إذا ثبت هذا فنقول : إن هذه الشروط لا يقتضيها العقد لأن قضيته الإطلاق في التصرف والتخيير لا الإلزام حتماً والشرط يقتضي ذلك وفيه منفعة للمعقود عليه والشاقي رحمه الله وإن كان مخالفاً في العتق ويقيسه على بيع العبد نسمة فالحجة عليه ما ذكرناه وتفسير المبيع نسمة أن يباع ممن يعلم أنه يعتقه لأن بشرط فيه ، فلو أحصاه المشتري بعد ما اشتراه بشرط العتق صح البيع حتى يجب عليه الثمن عند أبي حنيفة رحمه الله . وقالوا : يبقى فاسداً حتى يجب عليه القيمة ، لأن البيع قد وقع فاسداً فلا يطلب جازاً كما إذا تلف بوجه آخر ؛ ولأن حنيفة رحمه الله أن شرط العتق من حيث طاقه لا يلائم العقد على ما ذكرناه ، ولكن من حيث حكمه يلائمه لأنه منه للملك والشيء ياتيه بغيره ، ولما لا يمنع العتق الرجوع بتقصان العيب فإذا تلف من وجه آخر لم تتحقق الملائمة فيفسد العقد ، وإذا وجد العتق تحققت الملائمة فيرجع بجانب الجواز فكان الحال جعل ذلك موقوفاً .

قال (وكذلك لو باع عبدا على أن يستخدمه البائع شهواً أو داراً على أن يسكنها أو على أن يقرضه المشتري درهماً أو على أن يهدي له هدية) لأنه شرط لا يقتضيه العقد وفيه منفعة لأحد المتعاقدين ، ولأنه عليه الصلاة والسلام نهى عن بيع وسلف ولأنه لو كان

الخدمة والسكنى بقابلهما شيء من الثمن يكون إجارة في بيع ، ولو كان لا يقابلهما يكون إعارة في بيع ، وقد نهى النبي عليه الصلاة والسلام عن صفقتين في صفقة .

قال (ومن باع عينا على أن لا يسلمه إلى رأس الشهر فالبيع فاسد) لأن الأجل في المبيع العين باطل فيكون شرطا فاسدا ، وهذا لأن الأجل شرع ترفها فيلحق بالديون دون الأعيان .

قال (ومن اشترى جارية لإحلالها فالبيع فاسد) والأصل أن مالا يصح إفراده بالعقد لا يصح استنائه من العقد والحمل من هذا القبيل ، وهذا لأنه بمنزلة أطراف الحيوان لاتصاله به خلقة وبيع الأصل يتناولهما ، فالاستثناء يكون على خلاف الموجب فلا يصح فيصير شرطا فاسدا والبيع يبطل به . والكتابة والإجارة والرهن بمنزلة البيع لأنها تبطل بالشروط الفاسدة غير أن المفسد في الكتابة ما يتمكن في صلب العقد منها والهبة والصدقة والنكاح والخلع والصلح عن دم العمد لا تبطل باستثناء الحمل بل يبطل الاستثناء ، لأن هذه العقود لا تبطل بالشروط الفاسدة ، وكذا الوصية لا تبطل به لكن يصح الاستثناء حتى يكون الحمل ميراثا والجارية وصية ، لأن الوصية وأخت الميراث والميراث يجري فيها في البطن بخلاف ما إذا استثنى خدمتها لأن الميراث لا يجري فيها .

قال (ومن اشترى ثوبا على أن يقطعه البائع ويخيطه قيصا أو قباء فالبيع فاسد) لأنه شرط لا يقتضيه العقد وفيه منفعة لأحد المتعاقدين ولأنه يصير صفقة في صفقة على ما مر .

قال (ومن اشترى نعلا على أن يحذوه البائع أو يشركه فالبيع فاسد) . قال العميد الضعيف ما ذكره جواب القياس ووجه ما بينا . وفي الاستحسان يجوز للتعامل فيه فصار كصيف الثوب وللتعامل جوزنا الاستصناع :

قال (والبيع إلى التبريز والمهرجان وصوم النصارى وفطر اليهود إذا لم يعرف المتبايعان ذلك فاسد) لجهالة الأجل ، وهي مفضية إلى المنازعة في البيع لا ابتائنا على الماكسة إلا إذا كانا يعرفانه لكونه معلوما عندهما أو كان التأجيل إلى فطر النصارى بعد ما شرعوا في صومهم لأن مدة صومهم معلومة بالأيام فلا جهالة فيه .

قال (ولا يجوز البيع إلى قدم الحاج) وكذلك إلى الحصاد والدياس والقطاف والجلود لأنها تتقدم وتتأخر ، ولو كفل إلى هذه الأوقات جاز لأن الجهالة اليسيرة متحملة في الكفالة

وهذه الجهالة بسيرة مستتركة لاختلاف الصحابة رضى الله عنهم فيها ولأنه معلوم الأصل ،
الأنرى أنها تحتل الجهالة في أصل الدين بأن تكفل بما ذاب حل فلان فى الوصف أولى ،
بغلاف البيع فإنه لا يمحتملها في أصل الثمن فكنا في وصفه ، بخلاف ما إذا باع مطلقا ثم أجل
المن إلى هذه الأوقات حيث جاز لأن هذا تأجيل في الدين ، وهذه الجهالة فيه محتملة
بمنزلة الكفالة ولا كذلك اشتراطه في أصل العقد لأنه يبطل بالشرط الفاسد (ولو باع إلى
هذه الآجال ثم راضيا بإسقاط الأجل قبل أن يأخذ الناس في الحصاد والدياس وقبل قدوم
الحاج جاز البيع أيضا . وقال زفر : لا يجوز لأنه وقع فاسدا فلا ينقلب جائزا وصار كإسقاط
الأجل في النكاح إلى أجل) ولنا أن الفساد للمنازعة ، وقد ارتفع قبل تفرده ، وهذه الجهالة
في شرط زائد لأن صلب العقد فيمكن إسقاطه بخلاف ما إذا باع الدرهم بالدرهمين ثم أسقطا
الدرهم الزائد ، لأن الفساد في صلب العقد . وبخلاف النكاح إلى أجل لأنه منعة وهو عقد
غير عقد النكاح وقوله في الكتاب ثم راضيا خرج وقالوا ، لأن من له الأجل يستبد بإسقاطه
لأنه خالص حقه .

قال (ومن جمع بين حر وعبد أو شاة ذكية وميتة بطل البيع فيهما) وهذا عند أبي حنيفة
رحم الله . وقال أبو يوسف ومحمد : إن سمي لكل واحد منهما ثمتا جاز في العبد والشاة
للكذبة (وإن جمع بين عبد ومدبر أو بين عبده وعبد غيره صح البيع في العبد بحصة من
المن) عند علمائنا الثلاثة . وقال زفر رحم الله : فسد فيهما ومتروك التسمية عابدا كالميتة
والمكاتب وأم الولد كالمدر . له الاعتبار بالفصل الأول إذ عملية البيع منفية بالإضافة إلى
الكل . ولهما أن الفساد بقدر الفساد فلا يتعدى إلى الثمن كمن جمع بين الأجنبية وأخته في
النكاح ، بخلاف ما إذا لم يسم ثمن كل واحد منهما لأنه مجهول . ولأبي حنيفة رحمه الله وهو
الفرق بين الفصيلين أن الحر لا يدخل تحت العقد أصلا لأنه ليس بمال والبيع صفقة
واحدة ، فكان القبول في الحر شرطا للبيع في العبد وهذا شرط فاسد بخلاف النكاح لأنه
لا يبطل بالشروط الفاسدة .

وأما البيع في هؤلاء فموقوف وقد دخلوا تحت العقد لقيام التولية ولما ينفذ في عبد
الغنيز بإجباره ، وفي المكاتب برضاه في الأصح ، وفي المدبر بقضاء القاضى وكذا في أم الولد
عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله إلا أن المالك باستحقاقه المبيع وهؤلاء باستحقاقهم
أنفسهم ردوا البيع ، فكان هذا إشارة إلى البقاء كما إذا اشترى عبيد وهلك أحدهما قبل

القبض وهذا لا يكون شرط القبول في غير المبيع ولا يما بالحصة ابتداء ولهذا لا يشترط بيان ثمن كل واحد فيه .

فصل في أحكامه

(وإذا قبض المشتري المبيع في البيع القاسد بأمر البائع وفي العقد حوزان كل واحد منهما مال ملك المبيع وزنت قيمته) وقال الشافعي رحمه الله : لا يملكه وإن قبضه لأنه محظور فلا ينال به نعمة الملك ، ولأن التهيئ نسخ للمشروعية للتضاد ولهذا لا يقبل قبض القبض وصار كما إذا باع بالميتة أو باع الخمر بالدراهم . ولنا أن ركن البيع صدر من أهله مضافا إلى محله فوجب القبول بالتحقاده ، ولا يخاف في الأهلية والمحلية . وركته مبادلة المال بالمال وفيه الإكلام ، والتهيئ يقرر المشروعية عندنا لاكتصافه التصور فقبض البيع مشروع وبه تنال نعمة الملك ، وإنما المحظور ما يجاوره كما في البيع وقت النداء ، وإنما لا يثبت الملك قبل القبض كيلا يؤدي إلى تقرير الفساد المجاور ، إذ هو واجب الرفع بالاسترداد فبالامتناع عن المطالبة أولى ولأن السبب قد ضعف لمكان اقترانه بالبيع فيشترط اعتضاده بالقبض في إفادة الحكم بمنزلة الهبة ، والميتة ليست بمال فنعلم الركن ولو كان الخمر ممتنا فقد خرجتاه شيء آخر ، وهو أن في الخمر الواجب هو القيمة وهي تصلح ممتنا لامتثال شرط أن يكون القبض بإذن البائع وهو الظاهر إلا أنه يمكن به دلالة كما إذا قبضه في مجلس العقد استحسانا ، وهو الصحيح لأن البيع تسليط منه على القبض فإذا قبضه بمحضته قبل الاتفاق ولم ينه كان بحكم التسليط السابق ، فكذا القبض في الهبة في مجلس العقد يصح استحسانا ، وشرط أن يكون في العقد حوزان كل واحد منهما مال ليحقق ركن البيع ، وهو مبادلة المال بالمال ، فيخرج عليه البيع بالميتة والدم والحرق والبيع مع نفي الثمن ، وقوله لزمه قيمته في ذوات القيم ، فلما في ذوات الأمثال فيلزمه المثل لأنه مضمون بنفسه بالقبض فشابه الفصب ، وهذا لأن المثل صورة ومعنى أعدك مع المثل معنى .

قال (ولكل واحد من المصنفين فسحه) رضا للفساد ، وهذا قبل القبض ظاهر لأنه لم يقدح حكمه فيكون الفسخ امتناعا منه وكذا بعد القبض إذا كان الفساد في صلب العقد لقوته وإن كان الفساد بشرط زائد فلمن له الشرط ذلك دون من عليه لقوة العقد إلا أنه لم يتحقق المرادة في حق من له الشرط .

قال (فإن باعه المشتري نفذ بيعه) لأنه ملكه فملك التصرف فيه وسقط حق الاسترداد لتمام حق العبد بالتأني ونقض الأول لحق الشرع وحق العبد مقدم لحاجته ، ولأن الأول مشروع بأصله دون وصفه والثاني مشروع بأصله ووصفه فلا يمارضه مجرد الوصف ، ولأنه حصل بتسليط من جهة البائع بخلاف تصرف المشتري في الدار المشفوعة ، لأن كل واحد منهما حق العبد ويستويان في المشروعية وما حصل بتسليط من الشفع .

قال (ومن اشترى عبداً بخمر أو خنزير فقبضه وأحضره أو باعه أو وهبه وسلمه فهو جائز وعليه القيمة) لما ذكرنا أنه ملكه بالقبض فتنفذ تصرفاته وبالاتفاق قد هلك فتلزمه القيمة وبالباع والمدة انقطع الاسترداد على مامر ، والكتابة والرهن نظير البيع لأنهما لازمان إلا أنه يعود حتى الاسترداد بعجز المكاتب وفك الرهن لزوال المانع ، وهذا بخلاف الإجارة لأنها تفسخ بالأخذل ورفض الفساد عندها لأنها تنعقد شيئاً فشيئاً فيكون الرد امتناعاً .

قال (وليس للبائع البيع الفاسد أن يأخذ المبيع حتى يرد الثمن) لأن المبيع مقابل به فيصير محسوباً به كالرهن (وإن مات البائع فالمشتري أحق به حتى يستوفي الثمن) لأنه يقدم عليه في حياته فكذلك على ورثته وغرمائه بعد وفاته كالراهن ، ثم إن كانت دراهم الثمن قائمة بأخذها بعينها لأنها تتعين في البيع الفاسد وهو الأصح لأنه بمنزلة الغصب وإن كانت مستهلكة أخذ مثلها لما بينا .

قال (ومن باع داراً بيعاً فاسداً فبناها المشتري فعليه قيمتها) عند أبي حنيفة رحمه الله ورواه يعقوب عنه في الجامع الصغير ثم شك بعد ذلك في الرواية (وقالوا : ينقض البناء وترد الدار) والغرس على هذا الاختلاف . لما أن حق الشفع أضعف من حق البائع حتى يحتاج فيه إلى القضاء ويبطل بالتأخير بخلاف حق البائع ، ثم أضعف الحقين لا يبطل بالبناء فافترقا أولى . وله أن البناء والغرس مما يقصد به الدوام وقد حصل بتسليط من جهة البائع فيقطع حتى الاسترداد كالبيع ، بخلاف حق الشفع لأنه لم يوجد منه التسليط ، ولهذا لا يبطل بهبة المشتري وبيعه ، فكذلك بنيانه . وشك يعقوب في حفظ الرواية عن أبي حنيفة رحمه الله ، وقد نص محمد على الاختلاف في كتاب الشفعة فإن حق الشفعة مبني على انقطاع حق البائع بالبناء وثبوته على الاختلاف .

قال (ومن اشترى جارية بيعاً فاسداً وتقايبها فباعها وبيع فيها تصدق بالبيع ويطلب البائع ما ربح في الثمن) والفرق أن الجارية مما يعمى فيصلى العقد بها فيتمكن التملك

في الربح ، والدراهم والدنانير لا يمتنعان في العقود فلم يعلق العقد الثاني بينهما فلم يمتنع
الخلب فلا يجب التصديق وهنا في الخلب الذي سببه فساد الملك .

أما الخلب لعدم الملك ، فعند أبي حنيفة رحمه الله ومحمد يشمل التورعين لعلق العقد فيها
بتعين حقيقة وفيها لا يتعين شبهة من حيث أنه يعلق به سلامة المبيع أو تقدير الزمن ، وعند
فساد الملك تنقلب الحقيقة شبهة والشبهة تنزل إلى شبهة الشبهة ، والشبهة هي المختبرة دون
النازل عنها .

قال (وكلنا إذا ادعى على آخر مالا اقتضاه إياه ثم تصادقا أنه لم يكن عليه شيء وقد
ربح المدهى في الدراهم يطيب له الربح) لأن الخلب لفساد الملك ههنا ، لأن الدين وجب
بالتسمية ثم استحق بالتصادق وبذل المستحق مملوك فلا يعمل فيها لا يتعين .

فصل فيما يكره

قال (ونهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن النجش) وهو أن يزيد في الثمن ولا يريد
الشراء ليرغب غيره ، قال عليه الصلاة والسلام : لا تناجشوا .

قال (وعن السوم على سوم غيره) قال عليه الصلاة والسلام : لا يستام الرجل على
سوم أعيه ولا يخطب على خطبة أئنيه ، ولأن في ذلك إغاشا وإضرارا ، وهذا إذا تراضى
المصاقدان على مبلغ ثمن في المساومة ، أما إذا لم يركن أحدهما إلى الآخر فهو بيع من زيد
ولا بأس به على ما ذكره وما ذكرناه محمل التهي في النكاح أيضا .

قال (وعن تلقى الجلب) وهذا إذا كان يضر بأهل البلد ، فإن كان لا يضر فلا بأس به
إلا إذا ليس الضرر على الواردين فيحتنظ يكره لما فيه من الضرر والضرر .

قال (وعن بيع الحاضر للبادي) فقد قال عليه الصلاة والسلام : لا يبيع الحاضر
للبادي ، وهذا إذا كان أهل البلدة في قسط وحوز ، وهو أن يبيع من أهل البؤد طمعا في الثمن
الغالي لما فيه من الإضرار بهم ، أما إذا لم يكن كذلك فلا بأس به لاتخدام الضرر .

قال (والبيع عند أذان الجمعة) قال الله تعالى - وفروا البيع - ثم فيه إخلال بواجب
السمي على بعض الوجوه وقد ذكرنا الأذان المختبر فيه في كتاب الصلاة .

قال (وكل ذلك يكره) لما ذكرنا (ولا يفسد به البيع) لأن الفساد في معنى خلع
زائد لا في صلب العقد ولا في شرائط الصحة :

قال (ولا بأس ببيع من يزيد) وتفسيره ما ذكرنا ، وقد صرح ، أن النبي عليه الصلاة والسلام باع قدحا وحلما ببيع من يزيد ، ولأنه بيع الفقراء والحاجة ماسة إليه (نوع منه) .
قال (ومن ملك مملوكين صغيرين أحدهما ذورحم محرم من الآخر لم يفرق بينهما ، وكذلك إن كان أحدهما كبيرا) والأصل فيه قوله عليه الصلاة والسلام ، من فرق بين والده وولده فرق الله بينه وبين أحبته يوم القيامة ، ووهب النبي صلى الله عليه وآله وسلم لعل رضي الله عنه غلامين أخوين صغيرين ثم قال له ، ما فعل الغلامان ؟ فقال بعت أحدهما فقال عليه الصلاة والسلام أدرك أدرك ، وروى ، اردد اردد ، ولأن الصغير يستأنس بالصغير وبالكبير والكبير يتعاهده ، فكان في بيع أحدهما قطع الاستئناس والمنع من التعاقد ، وفيه ترك المرحمة على الصغار وقد أوعده عليه . ثم المنع معلول بالقرابة المحرمة للكناح حتى لا يدخل فيه محرم غير قريب ولا أقرب غير محرم ، ولا يدخل فيه الزوجان حتى جاز التفريق بينهما لأن النص ورد بخلاف القياس فيقتصر على مورده ، ولا بد من اجتماعهما في ملكه لما ذكرنا حتى لو كان أحد الصغيرين له والآخر لغيره لا بأس ببيع واحد منهما ولو كان التفريق بحق مستحق لا بأس به كمنع أحدهما بالجناية وببعضه بالدين ووده بالعيب ، لأن المنظور إليه دفع الضرر عن غيره لا الإضرار به .

قال (فإن فرق كره له ذلك وجاز العقد) وعن أبي يوسف رحمه الله أنه لا يجوز في غربة الولادة ويجوز في غيرها . وعنه أنه لا يجوز في جميع ذلك لما روينا فإن الأمر بالإدراك والرد لا يكون إلا في البيع الفاسد : ولما أن ركن البيع صدر من أهله في عله وإنما الكراهة لمضى بجوار فشابه كراهة الاستيلاء (وإن كانا كبيرين فلا بأس بالتفريق بينهما) لأنه ليس في معنى ما ورد به النص وقد صرح ، أنه عليه الصلاة والسلام فرق بين مارية وسهرين وكنتا أميتين أحبتي ، والله أعلم .

باب الإقالة

(الإقالة جائزة في البيع بمثل الثمن الأول) لقوله عليه الصلاة والسلام ، من أقال نادما بيعته أقال الله حرته يوم القيامة ، ولأن العقد حقهما فيملكان رفعه دفعا لحاجتهما (فإن شرطاً أكثر منه أو أقل فالشرط باطل ويرد مثل الثمن الأول) والأصل أن الإقالة فسخ في حق المتعاقدين بيع جديد في حق غيرها إلا أن لا يمكن جعله فسخا فحطل ، وهذا عند

أبي حنيفة رحمه الله ، وعند أبي يوسف رحمه الله هو بيع إلا أن لا يمكن جعله بيعا فيجمل
 حسنا إلا أن لا يمكن فبطل . وعند محمد رحمه الله هو فسخ إلا إذا تغير جملته فسنأ ،
 فيجمل بيعا إلا أن لا يمكن فبطل . فحمد رحمه الله أن اللفظ للفسخ والرفع معه يقال ألقى
 حرثي فتوفر عليه قضيت ، وإذا تغير يحمل على عتمته وهو البيع ، ألا ترى أنه بيع في حق
 الثالث ، ولأبي يوسف رحمه الله أنه مبادلة المال بالمال بالتراضي وهذا هو حد البيع ، ولهذا
 يبطل هلاك السلعة ويرد بالعيب وتثبت به الشفعة ، وهذه أحكام البيع . ولأبي حنيفة رحمه
 الله أن اللفظ بنى " عن الفسخ والرفع كقائنا ، والأصل إعمال الألفاظ في مقتضياتها الحقيقية
 ولا يحتمل ابتداء العقد ليحمل عليه عند تعذره لأنه ضلله واللفظ لا يحتمل ضده ، فحين
 البطان وكونه بيعا في حق الثالث أمر ضرورى لأنه يثبت به مثل حكم البيع وهو الملك
 لا مقتضى العيبه إذ لا ولاية لها على غيرها ، إذا ثبت هذا نقول : إذا شرط الأكثر بالإقالة
 حل الثمن الأول لتعذر الفسخ على الزيادة ، إذ رفع ما لم يكن ثابتا محال فيبطل الشرط لأن
 الإقالة لا تبطل بالشروط القاصدة بخلاف البيع ، لأن الزيادة يمكن إثباتها في العقد فيتحقق
 الربح أما ما لا يمكن إثباتها في البيع وكذا إذا شرط الأقل لما يبيناه إلا أن يحدث في المبيع
 عيب فيحتل جازت الإقالة بالأقل ، لأن الخط يجعل بازاء ما فات بالعيب : وعندها في شرط
 الزيادة يكون بيعا لأن الأصل هو البيع عند أبي يوسف رحمه الله ، وعند محمد رحمه الله
 جعله بيعا يمكن ، فإذا زاد كان قاصدا بهذا ابتداء البيع وكذا في شرط الأقل عند أبي يوسف
 رحمه الله لأنه هو الأصل عنده . وعند محمد رحمه الله هو فسخ بالثمن الأول لا ضكوت
 عن بعض الثمن الأول ، ولو سكبت عن الكل وأقال يكون فسخا فهذا أولى بخلاف ما إذا
 زاد ، وإذا دخله عيب فهو فسخ بالأقل لما يبيناه ، ولو أقال بغير جنس الثمن الأول فهو فسخ
 بالثمن الأول عند أبي حنيفة رحمه الله ويجعل التسمية لغوا ، وعندها بيع لما بينا ولو ولدت
 المبيعة ولدا ثم تقللا فالإقالة باطلة عنده لأن الولد مانع من الفسخ وعندها تكون بيعا ،
 والإقالة قبل القبض في المنقول وغيره فسخ عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله وكذا عند
 أبي يوسف رحمه الله في المنقول لتعذر البيع ، وفي العقار يكون بيعا عنده لا مكان البيع فإن
 بيع العقار قبل القبض جائز عنده .

قال (وهلاك الثمن لا يمنع صحة الإقالة وهلاك المبيع يمنع منها) لأن رفع البيع يستلزم
 قيامه وهو قائم بالمبيع دون الثمن (فإن هلك بعض المبيع جازت الإقالة في الباقي) فقيام البيع

فيه، وإن تقابضا تجوز الاقالة بدمهلك أحدهما، ولا تبطل بهلك أحدهما لأن كل واحد منهما مبيع فكان المبيع باقيا، والله أعلم بالصواب .

باب المراجعة والتولية

قال (المراجعة : نقل ما ملكه بالعقد الأول بالثمن الأول مع زيادة ربح . والتولية : نقل ما ملكه بالعقد الأول بالثمن الأول من غير زيادة ربح) والبيعان تجازان لاستعجال شرائط الجواز والحاجة ماسة إلى هذا النوع من البيع ، لأن الثمن الذي لا يبتدى في التجارة يحتاج إلى أن يعتمد فعل الذكي المهتدى وتطبيب نفسه بمثل ما اشترى وبزيادة ربح فوجب القول بجوازها ، ولعلنا كان ميناها على الأمانة والاحتراز عن الخيانة وعن شبهها ، وقد صحح ولأن النبي صلى الله عليه وسلم لما أراد الهجرة ابتاع أبو بكر رضى الله عنه بعيرين ، فقال له النبي صلى الله عليه وآله وسلم : ولئى أحدهما ، فقال هو لك بغير شيء ، فقال عليه الصلاة والسلام أما بغير ثمن فلا .

قال (ولا تصح المراجعة والتولية حتى يكون العوض مما له مثل) لأنه إذا لم يكن له مثل لو ملكه ملكه بالقيمة وهي مجهولة (ولو كان المشتري باعه مراجعة من يملك ذلك البطل وقد باعه بربح درهم أو بشيء من المكمل هو صوف جاز) لأنه بقدر على الوفاء بما التزم (وإن باعه بربح ده يازده لا يجوز) لأنه باعه برأس المال ويخسف قيمة لأنه ليس من ذوات الأمثال .

(ويجوز أن يضيف إلى رأس المال أجرة القصر والطرأز والصيغ والقتل وأجرة حمل القطعام) لأن الحرف جارٍ بالحق هذه الأشياء برأس المال في عادة التجار ولأن كل ما يزيد في المبيع أو في قيمته يلحق به ، هذا هو الأصل وما عدناه بهذه الصفة لأن الصيغ وأحواله يزيد في العين والحمل يزيد في القيمة إذ القيمة تختلف باختلاف المكان (ويقول قام على بكلا ولا يقول اشترت بكلا) كيلا يكون كاذبا وسوق الغنم بمنزلة الحمل بخلاف أجرة الرامي وكراهية بيت الحفظ لأنه لا يزيد في العين والمضى وبخلاف أجرة التنعيم لأن ثبوت التريادة لمضى فيه هو حذاقته (فإن اطلع المشتري على خيانة في المراجعة فهو بالتخيير) عند أبي حنيفة رحمه الله ، إن شاء أخذه بجميع الثمن وإن شاء تركه (وإن اطلع على خيانة في التولية أفسطها من الثمن . وقال أبو يوسف رحمه الله : يحط فيهما ، وقال محمد رحمه الله : يغير

فيهما) لحمد رحمه الله : أن الاحتيار للتسمية لكونه معلوماً والتولية والمراجعة ترويج وترغب فيكون وصفاً مرغوباً فيه كوصف السلامة فيتخير بصفاته : ولأبي يوسف رحمه الله . أن الأصل فيه كونه تولية ومراجعة ، ولهذا يتخذ بقوله ولينك بالثمن الأول أو بعثك مراجعة على الثمن الأول إذا كان ذلك معلوماً فلا بد من البناء على الأول وذلك بالخط غير أنه يحط في التولية قدر الحيانة من رأس المال ، وفي المراجعة منه ومن الربح . ولأبي حنيفة رحمه الله أنه لو لم يحط في التولية لاتبى تولية لأنه يزيد على الثمن الأول فيغير التصرف فتمنع الخط وفي المراجعة لو لم يحط تبقى مراجعة وإن كان يتفاوت الربح فلا يتغير التصرف فأمكن القول بالتخير ، فلو هلك قبل أن يرد أو حدث فيه ما يمنع التصرف يلزمه جميع الثمن في الروايات الظاهرة لأنه مجرد خيار لا يقابله شيء من الثمن كخيار الرؤية والشرط بخلاف خيار العيب لأنه مطالبة بتسليم الثابت فيسقط ما يقابله عند حجزه .

قال (ومن اشترى ثوباً وباعه بربح ثم اشتراه ، فإن باعه بمراجعة طرح عنه كل ربح كان قبل ذلك ، فإن كان استغرق الثمن لم يبعه بمراجعة ، وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله ، وقالوا يبيعه بمراجعة على الثمن الأخير) .

صورته : إذا اشترى ثوباً بعشرة وباعه بخمسة عشر ثم اشتراه بعشرة فإنه يبيعه بمراجعة بخمسة ويقول قام على خمسة ، ولو اشتراه بعشرة وباعه بعشرين بمراجعة ثم اشتراه بعشرة لا يبيعه بمراجعة أصلاً ، وعندهما يبيعه بمراجعة على العشرة في الفصلين . لهذا أن العقد الثاني عقد منقطع الأحكام عن الأول فيجوز بناء المراجعة عليه كما إذا تحلل ثالث . ولأبي حنيفة رحمه الله أن شبهة حصول الربح بالعقد الثاني ثابتة لأنه يتأكد به بعد ما كان على شرف السقوط بالظهور على عيب الشبهة الحقيقية فيبيع للمراجعة احتياطاً ولهذا لم تجز المراجعة فيما أخذ بالصلح لشبهة الخطيئة فيصير كأنه اشترى خمسة وثوباً بعشرة فيطرح عنه خمسة بخلاف ما إذا تحلل ثالث لأن التأكيد حصل بغيره .

قال (وإذا اشترى العبد المأفون له في التجارة ثوباً بعشرة وعليه دين يحيط برقبته فباعه من المولى بخمسة عشر قلته يبيعه بمراجعة على عشرة ، وكذلك إن كان المولى اشتراه فباعه من العبد ، لأن في هذا العقد شبهة العدم لمجرازه مع المنافي فاعتبر علماً في حكم المراجعة وبقي الاحتيار للأول فيصير كأن العبد اشتراه للمولى بعشرة في الفصل الأول وكأنه يبيعه للمولى في الفصل الثاني فيتخير الثمن الأول :

قال (وإذا كان مع المضارب عشرة دراهم بالنصف فاشترى ثوبا بمشرة وباعه من رب المال بخمسة عشر فإنه يبيعه مرابعة باثني عشر ونصف) لأن هذا البيع وإن قضى بموازته عندنا عند علم الربح خلافا لغير رحمه الله مع أنه اشترى ماله بماله لما فيه من الاستفادة ولاية التصرف وهو مقصود والانقضاء يتبع الفائدة فيه شبهة العلم ، ألا ترى أنه وكبل عنه في البيع الأول من وجه فاعتبر البيع الثاني عدما في حق نصف الربح .

قال (ومن اشترى جارية فاعورت أو وطئها وهي ثيب يبيعها مرابعة ولا يبين) لأنه لم يحتسب عنده شيء يقابله الثمن لأن الأوصاف تابعة لا يقابلها الثمن ، ولهذا لو فاتت قبل التسليم لا يسقط شيء من الثمن ، وكذا منافع البضع لا يقابلها الثمن والمشكلة فيها إذا لم يقصصها الوطء . وعن أبي يوسف رحمه الله في الفصل الأول أنه لا يبيع من غير بيان كما إذا احتسب بفعله وهو قول الشافعي رحمه الله (فأما إذا فقا عنها بنفسه أو فقاها أجنبي فأخذ أوشها لم يبيعها مرابعة حتى يبين) لأنه صار مقصودا بالاتلاف يقابلها شيء من الثمن ، وكذا إذا وطئها وهي بكر لأن العذرة جزء من العين يقابلها الثمن وقد حبسها (ولو اشترى ثوبا فأصابه قرض فأب أو حرق نار يبيعه مرابعة من غير بيان ، ولو تكسر بنشره وطيه لا يبيعه مرابعة حتى يبين) والمعنى ما بيناه .

قال (ومن اشترى غلاما بألف درهم نسيته فباعه بربح مائة ولم يبين فعمل المشتري فإن شاء رده وإن شاء قبل) لأن للأجل شيئا بالمبيع ، ألا يرى أنه يزداد في الثمن لأجل الأجل والشبهة في هذا ملحقة بالحقيقة فصار كأنه اشترى شيئين وباع أحدهما مرابعة بشئهما والإقدام حل المرابعة بوجوب السلامة عن مثل هذه الخيانة فإذا ظهرت بخبر كافٍ العيب (وإن استهلكه ثم علم لزمه بألف ومائة) لأن الأجل لا يقابله شيء من الثمن .

قال (فإن كان ولاء إياه ولم يبين رده إن شاء) لأن الخيانة في التولية مثلها في المرابعة لأنه بناء على الثمن الأول (وإن كان استهلكه ثم علم لزمه بألف حالة) لما ذكرناه . وعن أبي يوسف رحمه الله أنه يرد القيمة ويسترد كل الثمن وهو نظير ما إذا استوفى الزبوف مكان الجباة وعلم بعد الاتفاق وسيأتيك من بعد إن شاء الله تعالى ، وقيل يقوم بشئ حال وبشئ مؤجل فيرجع بفضل ما بينهما ولو لم يكن الأجل مشروطا في العقد ولكته منجم معتاد ، قيل لا بد من بيانه لأن المعروف كالمشروط ، وقيل يبيعه ولا يبيته لأن الثمن حال .

قال (ومن ولي رجلا شيئا بما قام عليه ولم يعلم المشتري بكم قام عليه فالبيع فاسد)

لجهالة الثمن (فإن أعلمه البائع يعنى فى المجلس فهو بالخيار إن شاء أخذه وإن شاء تركه) لأن الفساد لم يقرر ، فإذا حصل العلم فى المجلس جعل كابتداء العقد وصار كتأخير القبول إلى آخر المجلس وبعد الافتراق قد تقرر ، فلا يقبل الاصلاح ونظيره بيع الشيء برقه إذا لم فى المجلس وإنما يتخير لأن الرضا لم يتم قبله لعدم العلم فيتخير كما فى خيار الرؤية .

فصل

(ومن اشترى شيئاً مما يتقل ويحوك لم يميز له بيعة حتى يقبضه) لأنه عليه الصلاة والسلام نهى عن بيع ما لم يقبض ، ولأن فيه غرر انفساخ العقد على اعتبار الملاك (ويموز بيع العقار قبل القبض عند أبي حنيفة وأبي يوسف : وقال محمد : لا يميز) رجوعاً إلى إطلاق الحديث ، واعتبروا بالنقل وصار كالاجارة : ولها أن ركن البيع صدر من أهله فى محله ، ولا غرر فيه لأن الملاك فى العقار نادر بخلاف المنقول ، والفرق انتهى عنه حرر انفساخ العقد ، والحديث بطول به عملاً بدلائل الجواز والاجارة . قيل على هذا الخلاف ولو سلم فالمعقود عليه فى الإجارة المتافع وهلاكها غير نادر .

قال (ومن اشترى مكيلة أو موزوناً موازنة فاكثاله أو أثرتة ثم باعه مكيلة أو موازنة لم يميز للمشتري منه أن يبيعه ولا أن يأكله حتى يعيد الكيل والوزن) لأن النهى عليه الصلاة والسلام نهى عن بيع الطعام حتى يجرى فيه صاعان صاع البائع وصاع المشتري ولأنه يحتمل أن يزيد على الشروط وذلك للبائع والتصرف فى مال الغير حرام فيجب التحرز عنه ، بخلاف ما إذا باعه مجازفة لأن الزيادة له ، وبخلاف ما إذا باع الثوب مدارعة لأن الزيادة له إذ الدرع وصف فى الثوب بخلاف القدر ، ولا معتبر بكيل البائع قبل البيع وإن كان بمضرة المشتري لأنه ليس بصاع البائع والمشتري وهو الشرط ولا بكيه بعد البيع ببيعة المشتري لأن الكيل من باب التسليم ، لأن به يعبر المبيع معلوماً ولا تسليم إلا بمضرة ، ولو كاله البائع بعد البيع بمضرة المشتري فقد قيل لا يكتفى به لظاهر الحديث فإنه اعتبر صاحبه : والصحيح أنه يكتفى به ، لأن المبيع صار معلوماً بكيل واحد وتحقق معنى التسليم ، وحمل الحديث لاجتماع الصفتين على ما تبين فى باب السلم إن شاء الله تعالى ، ولو اشترى المحدود حداً فهو كالمنروع فيما يروى منهما لأنه ليس بمال الربا والكالوزن فيما يروى من أن حنيفة رحمه الله ، لأنه لا تحمل له الزيادة على الشروط .

قال (والتصرف في الثمن قبل القبض جائز) لقيام المطلق وهو الملك وليس فيه غرر الانسحاق بالهلاك لعدم تمهين بالتعين بخلاف المبيع .

قال (ويجوز للمشتري أن يزيد للبائع في الثمن ويجوز للبائع أن يزيد للمشتري في المبيع ويجوز أن يحط من الثمن ويتعلق الاستحقاق بجميع ذلك) فزيادة الحط يلتحقان بأصل العقد عندنا ، وعند زفر والشافعي لا يصحان على اعتبار الالتحاق بل على اعتبار ابتداء الفسلة . لما أنه لا يمكن تصحيح الزيادة ثمنا ، لأنه يصير ملكه عوض ملكه ، فلا يلتحق بأصل العقد ، وكذلك الحط لأن كل الثمن صار مقابلا بكل المبيع فلا يمكن إخراجه فصار برا مبتدأ . ولنا أنهما بالحط والزيادة يغيران العقد من وصف مشروع إلى وصف مشرور وهو كونه رابحا أو خاسرا أو عدلا ولها ولاية الرفع فأولى أن يكون لها ولاية التغير وصار كما إذا أسقطا الخيار أو شرطاه بعد العقد ، ثم إذا صح يلتحق بأصل العقد ، لأن وصف الشيء يقوم به لا بنفسه بخلاف حط الكل ، لأنه تبديل لأصله لا تغيير لوصفه . فلا يلتحق به ، وعلى اعتبار الالتحاق لا تكون الزيادة عرضا عن ملكه ويظهر حكم الالتحاق في التولية والمراجعة حتى يجوز على الكل في الزيادة ، ويشارك على الباقي في الحط وفي الشفعة حتى يأخذ بما بقى في الحط ، وإنما كان للشفيع أن يأخذ بكون الزيادة لما في الزيادة من إبطال حقه الثابت فلا يملكه ، ثم الزيادة لا تصح بعد هلاك المبيع على ظاهر الرواية لأن المبيع لم يبق على حالة يصح الاعتراض عنه والشفيع يثبت ثم يستند بخلاف الحط لأنه يحل يمكن إخراج البذل عما يقابله فيلتحق بأصل العقد استنادا .

قال (ومن باع بشئ حال ثم أجله أجل معلوما صار مؤجلا) لأن الثمن حقه فله أن يؤخره تبسيرا على من عليه الأثر الأثرى أنه يملك إرادته مطلقا فكأن مؤثما . ولو أجله إلى أجل مجهول إن كانت الجهة مباحة كهبوب الربح لا يجوز وإن كانت متفرقة كالخضار والحبس يجوز لأنه بمنزلة الكفالة ، وقد ذكرناه من قبل .

قال (وكل دين حال إذا أجله صاحبه صار مؤجلا) لما ذكرنا (إلا القرض) فإنه تأجيله لا يصح لأنه إرادة وصلة في الابتداء حتى يصح بلفظة الإجارة ولا يملك من لا يملك التجرع كالوصى والوصى معاوضة في الانتهاء فعل اعتبار الابتداء لا يلزم التأجيل فيه كما في الإجارة إذ لا جبر في التجرع ، وعلى اعتبار الانتهاء لا يصح لأنه يصير بربح الدرهم بالدرهم نسيئة وهو ربا ، وهذا بخلاف ما إذا أوصى أن يقرض من ماله ألف درهم فلاتا إلى سنة

حيث يلزم الورثة من ثلثه أن يقرضوه ولا يطالبوه قبل المدة لأنه وصية بالتبرع بمنزلة الوصية بالخلمة والسكنى فيلزم حقا للموصى ، والله تعالى أعلم .

باب الربا

قال (الربا محرم في كل مكيل أو موزون إذا بيع بجنسه مضاعفا) فالعلة عندنا السكيل مع الجنس أو الوزن مع الجنس ، قال رضى الله عنه ويقال القدر مع الجنس وهو أحتمل : والأصل فيه الحديث المشهور وهو قوله عليه الصلاة والسلام : « الحنطة بالحنطة مثلا بمثل يدا بيد والفضل ربا » وعدّ الأشياء الستة : الحنطة والشعير والتمر والمكح والذهب والفضة على هذا المثال ، ويروى بروايتين بالرفع مثل وبالتصبي مثلا ، ومعنى الأول بيع التمر ، ومعنى الثانى بيعوا التمر والحكم معلول بإجماع القائمين لكن العلة عندنا ما ذكرناه : وعد الشافعى رحمه الله الطعم في المعلومات والتمنية في الأثمان والجنسية شرط والمساواة مخلص ، والأصل هو الحرمة عنده لأنه نص على شرطين التقابض : والمماثلة وكل ذلك يشتر بالعزة والخطر كاشتراط الشهادة في الإنكاح فيعمل بعلة تناسب إظهار الخطر والعرة وهو الطعم لبقاء الانسان به والتمنية لبقاء الأموال التى هى مناط المصالح بها ولا أثر للجنسية فى ذلك فجعلناه شرطا والحكم قد يدور مع الشرط . ولنا أنه أوجب المماثلة شرطا فى البيع وهو المقصود بسوقه تحقيقا لمعنى البيع لاذ هو ينهى عن التقابل ، وذلك بالتقابل أو صيانة لأموال الناس عن التوى أو تنجها للفائدة باتصال التسليم به ثم يلزم عند فوته حرمة الربا والمماثلة بين الشئين باعتبار الصورة والمعنى والمعيار يسوى الذات والجنسية تسوى المعنى فيظهر الفضل على ذلك فيتحقق الربا لأن الربا هو الفضل المستحق لأحد المتعاقدين فى المعاوضة الخالى عن عوض شرط فيه ، ولا يعتبر الوصف لأنه لا يعد تفاوتا عرفا ولأن فى اعتباره سد باب البياعات أو لقوله عليه الصلاة والسلام « جميعها ورديتها سواء » والطعم والتمنية من أعظم وجوه المنافع والسبيل فى مثلها الإطلاق بأبلغ الوجوه لشدة الاحتياج إليها دون التضييق فيه ، فلا معتبر بما ذكره ، إذا ثبت هنا نقول إذا بيع المكيل أو الموزون بجنسه مثلا بمثل جاز البيع فيه لوجود شرط الجواز وهو المماثلة فى المعيار ، ألا ترى إلى ما روى مكان قوله مثلا بمثل : كيلا بكيل وفى الذهب بالذهب وزنا بوزن (وإن تفاضلا لم يجر) لتحقق الربا (ولا يجوز بيع الجيد بالردىء مما فيه الربا إلا مثلا بمثل) لإهدار التفاوت

في الوصف (ويجوز بيع الحفة بالحفتين والفاضحة بالتفاضحتين) لأن المساواة بالميل ولم يوجد ظم يعحق الفضل ، ولهذا كان مضمونا بالقيمة عند الائتلاف ، وعند الشافعي رحمه الله العلة هي العظم ، ولا يخلص وهو المساواة فيحرم وما دون نصف الصاع فهو في حكم الحفة لأنه لا تقدير في الشرع بما دونه ، ولو تابعا مكيلا أو موزونا غير معلوم يحسنه مفاضلا كالخص والحكيد لا يجوز عندنا لوجود القدر والجنس وعنده يجوز لعدم العظم والتمنية .

قال (وإذا عدم الوصفان : الجنس والمعنى المضموم إليه حل التفاضل والنساء) لعدم العلة المهرمة .

والأصل فيه الإباحة ، وإذا وجدا حرم التفاضل والتساو لوجود العلة ، وإذا وجد أحدهما وعدم الآخر حل التفاضل وحرم النساء مثل أن يسلم هرويا في هروى أو حنطة في شعير فحرمة ربا الفضل بالوصفين وحرمة النساء بأحدهما . وقال الشافعي : الجنس بانفراده لا يحرم النساء لأن بالتقديرة وعدمها لا يثبت إلا شبهة الفضل وحقيقة الفضل غير مانع فيه حتى يجوز بيع الواحد بالاثنتين فالثبة أولى . ولنا أنه مال الربا من وجه نظرنا إلى القدر أو الجنس والتقديرة أوجب فضلا في المالية فتحقق شبهة الربا وهي مانعة كالحقيقة إلا أنه إذا أسلم النقود في الزعفران ونحوه يجوز وإن جمعهما الوزن لأنهما لا يتفقان في صفة الوزن ، فإن الزعفران يوزن بالأمتاء وهو مشتمل يتعين بالتعيين ، والنقود توزن بالسججات وهو ممن لا يتعين بالتعيين ، ولو باع بالنقود ، وازنة وقبضها صح التصرف فيها قبل الوزن ، وفي الزعفران وأشباهه لا يجوز ، فإذا اختلفا فيه صورة ومعنى وحكما لم يجمعهما القدر من كل وجه : فتزل الشبهة فيه إلى شبهة الشبهة وهي غير معتبرة :

قال (وكل شيء نص رسول الله عليه الصلاة والسلام على تحريم التفاضل فيه كيلا فهو مكيل أبدا وإن ترك الناس الكيل فيه كالحنطة والشعير والتمر والملح ، وكل ما نص على تحريم التفاضل فيه وزنا فهو موزون أبدا وإن ترك الناس الوزن فيه مثل النخب والفضة) لأن النص أقوى من العرف والأقوى لا يترك بالأدنى (وما لم ينص عليه فهو محمول على عادات الناس) لأنها دلالة ، وعن أبي يوسف أنه يعتبر العرف على خلاف المنصوص عليه أيضا لأن النص على ذلك لمكان العادة فكانت هي المنظور إليها وقد تبدلت ، فعمل هنا لو باع الحنطة بجنسها متساويا وزنا أو النخب بجنسها متاхла كيلا لا يجوز عندهما وإن

تعارفوا ذلك لتوهم الفضل على ماهو المعيار فيه كما إذا باع مجازفة إلا أنه يجوز الإسلام في الحنطة ونحوها وزنا لوجود الإسلام في معلوم .

قال (وكل ما ينسب إلى الرطل فهو وزني) معناه ما يباع بالأواق لأنها قدرت بطريق الوزن حتى ينسب ما يباع بها وزنا ، بخلاف سائر المكيال ، وإذا كان موزونا فلو بيع بمكيال لا يعرف وزنه بمكيال مثله لا يجوز لتوهم الفضل في الوزن بمنزلة المجازفة .

قال (وعقد الصرف ما وقع على جنس الأثمان يعتبر فيه قبض عوضيه في المجلس) لقوله عليه الصلاة والسلام : الفضة بالفضة هاء وهاء ، معناه يدا بيد ، وسندين الفقه في الصرف إن شاء الله تعالى .

قال (وما سواه مما فيه الربا يعتبر فيه التمين ولا يعتبر فيه التقاضى خلافا للشافعي في بيع الطعام) : له قوله عليه الصلاة والسلام في الحديث المعروف : يدا بيد ، ولأنه إذا لم يقبض في المجلس فيستاقب القبض والتفقد مزية فتتحقق شبهة الربا . ولنا أنه مبيع متعين فلا يشترط فيه القبض كالثوب ، وهذا لأن الفائدة المطلوبة إنما هو التمكن من التصرفه ويترتب ذلك على التمين ، بخلاف الصرف لأن القبض فيه ليعين به ، ومعنى قوله عليه الصلاة والسلام : يدا بيد حينها يعين ، وكذا رواه عبادة بن الصامت ، وتعاقب القبض لا يعتبر تفادوا في المال حرفا بخلاف النقد والمؤجل .

قال (ويجوز بيع اليضة بالبيضتين والتمررة بالتمررين والجوزة بالجوزتين) لانعدام المعيار فلا يتحقق الربا والشافعي يخالفنا فيه لوجود الطعم على ما مر .

قال (ويجوز بيع الفلوس بالفلسين بأعيانها) عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله . وقال محمد : لا يجوز لأن الثمنية تثبت باصطلاح الكل فلا تبطل باصطلاحهما ، وإذا بقيت أثمانا لا تعين فصار كما إذا كانا بغير أعيانها وكبيع الدرهم بالدرهمين . ولما أن الثمنية في حقهما تثبت باصطلاحهما ، إذ لا ولاية للغير عليهما فتبطل باصطلاحهما ، وإلا فبطلت الثمنية تعين بالتمين ولا يعود وزنها لبقاء الاصطلاح على المد إذ في نقضة في حق المد فساد المقد فصار كالجوزة بالجوزتين ، بخلاف النقود لأنها للثمنية خفية وبخلاف ما إذا كانا بغير أعيانها لأنه كالي كالي . وقد نهى عنه وبخلاف ما إذا كان أحدهما بغير عينه لأن المجلس بانفراده يحرم التماس .

قال (ولا يجوز بيع الحنطة بالدقيق ولا بالسويق) لأن المجانسة باقية من وجه لأحدها

من أجزاء الحنطة والمعيار فيهما الكيل ، لكن الكيل غير مسوٍ بينهما وبين الحنطة لاكتنازهما فيه وتخلخل حبات الحنطة فلا يجوز وإن كان كيلا بكيل (ويجوز بيع الدقيق بالدقيق متساويا كيلا) لتحقيق الشرط (وبيع الدقيق بالسويق لا يجوز) عند أبي حنيفة رحمه الله متفاضلا ولا متساويا لأنه لا يجوز بيع الدقيق بالمقلى ولا بيع السويق بالحنطة هكذا بيع أجزاءهما لقيام المجانسة من وجه . وعندهما يجوز لأنهما جنسان مختلفان لاختلاف المقصود . قلنا معظم المقصود وهو التغذى يشملهما فلا يبالي بفوات البعض كالمقلى مع غير المقلى والعلكة بالموسة .

قال (ويجوز بيع اللحم بالحيوان) عند أبي حنيفة رحمه الله . وأبي يوسف رحمه الله وقال محمد : إذا باع بلمح من جنسه لا يجوز إلا إذا كان اللحم المفروز أكثر ليكون اللحم بمقابلة ما فيه من اللحم والباقي بمقابلة السقط إذ لو لم يكن كذلك يتحقق الربا من حيث زيادة السقط أو من حيث زيادة اللحم فصار كاتخلل بالسهم . ولما أنه باع الموزون بما ليس بموزون لأن الحيوان لا يوزن عادة ، ولا يمكن معرفة ثقله بالوزن لأنه يخفف نفسه حرة بصلاته ، وينقل أخرى بخلاف تلك المسئلة لأن الوزن في الحال يعرف قدر الدهن إذا ميز بينه وبين الثعبر ويوزن الثعبر .

قال (يجوز بيع الرطب بالتمر مثلا بمثل عند أبي حنيفة رحمه الله) وقالوا : لا يجوز لقوله عليه الصلاة والسلام حين سئل عنه : « أو ينقص إذا جف ؟ » قيل نعم ، فقال عليه الصلاة والسلام : لا إذا ، وله أن الرطب تمر لقوله عليه الصلاة والسلام حين أهدى إليه رطباً : « أو كل تمر خبير هكذا ، سواء تمر ، وبيع التمر بمثله جائز لما روينا ، ولأنه لو كان تمرًا جاز البيع بأول الحديث ، وإن كان غير تمر فآخره ، وهو قوله عليه الصلاة والسلام : « إذا اختلف النوعان فبيعا كيف شئتم » ومدار ما روياه على زيد بن حياش وهو ضعيف عند الثقة .

قال (وكذلك العنب بالزبيب) يعني على هذا الخلاف والوجه ما بيناه ، وقيل لا يجوز بالاتفاق اعتبارا بالحنطة المقلى بغير المقلى والرطب بالرطب يجوز متائلا كيلا عندنا لأنه بيع التمر بالتمر ، وكذا بيع الحنطة الرطبة أو الملوثة بمثلها أو باليابسة أو التمر أو الزبيب المنقع بالمنقع منها متائلا عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله . وقال محمد رحمه الله : لا يجوز جميع ذلك لأنه يعتبر المساواة في أصل الأحوال وهو المال ، وأبو حنيفة رحمه الله يعتبر في الحال ، وكذا أبو يوسف رحمه الله عملا باطلاق الحديث إلا أنه ترك هذا الأصل في بيع الرطب

جائز لما رويناه لهما . ووجه الفرق لحمد رحمه الله بين هذه الفصول وبين الرطب بالرطب أن التفاوت فيها يظهر مع بقاء البدلين على الاسم الذي عقد عليه العقد ، وفي الرطب بالتمر مع بقاء أحدهما على ذلك ، فيكون تفاوتنا في عين المعقود عليه ، وفي الرطب بالرطب التفاوت بعد زوال ذلك الاسم ، فلم يكن تفاوتنا في المعقود عليه فلا يعتبر ، ولو باع البسر بالتمر متفاضلا لا يجوز لأن البسر تمر ، بخلاف الكفري حيث يجوز بيعه بما شاء من التمر لثنتان بواحد لأنه ليس بتمر فإن هذا الاسم لمن أول ما تتعقد صورته لاقبله والكفري حدى متفاوت حتى لو باع التمر به تسية لا يجوز للجهالة .

قال (ولا يجوز بيع الزيتون بالزيت والسسم بالشيرج حتى يكون الزيت والشيرج أكثر مما في الزيتون والسسم فيكون الدهن بمثابة الزيادة بالشيرج) لأن عند ذلك يعرى عن الربا إذ مافيه من الدهن موزون وهذا لأن ما فيه لو كان أكثر أو مساويا له فالتجبر وبعض الدهن أو التجبر وحده فضيل ، ولو لم يعلم مقدار مافيه لا يجوز لاحتمال الربا والشبهة فيه كالحقيقة ، والجوز يدهنه والبن بسمنه والعب بعصيره والتمر بدبسه على هذا الاعتبار ، واختلفوا في القطن بغزله والكرباس بالقطن يجوز كيفما كان بالإجماع .

قال (ويجوز بيع اللحمان المختلفة بعضها ببعض متفاضلا) ومراده لحم الإبل والبقر والغنم ، فأما البقر والجواميس جنس واحد ، وكذا الماعز مع الضأن ، وكذا العراب مع البخاني .

قال (وكذلك ألبان البقر والغنم) وعن الشافعي رحمه الله : لا يجوز لأنها جنس واحد لا اتحاد المقصود . ولنا أن الأصول مختلفة حتى لا يكل نصاب أحدهما بالآخر في الزكاة فكذا أجزاؤها إذا لم تتبدل بالصنعة .

قال (وكذا خل الدقل بخل العنب) للاختلاف بين أصليهما فكذا بين ما بهما ، ولهذا كان عصيرهما جنسين ، وشعر الماعز وصوف الغنم جنسان لاختلاف المقاصد .

قال (وكذا شحم البطن بالآلية أو باللحم) لأنها أجناس مختلفة لاختلاف الصور والمعان والمناخ اختلافا فاحشا .

قال (ويجوز بيع الخبز بالحنطة والدقيق متفاضلا) لأن الخبز صار عددا أو موزونا ، فخرج من أن يكون مكيلا من كل وجه والحنطة مكيلة . وعن أبي حنيفة أنه لاخير فيه واختار على الأول ، وهذا إذا كانا قديين ، فإن كانت الحنطة تسية جاز أيضا ، وإن كان الخبز

نسبة يجوز عند أبي يوسف رحمه الله وعليه الفتوى ، وكذا السلم في الخبز جائز في الصحيح ولا خير في استقراره عيدا أو وزنا عند أبي حنيفة رحمه الله لأنه يضاوت بالخبز والخبز والثور والتقدم والتأخر . وعند محمد رحمه الله يجوز بهما للتعامل ، وعند أبي يوسف رحمه الله يجوز وزنا ولا يجوز علدا للضاوت في آحاده .

قال (ولا ربا بين المولى وعبيده) لأن العبد وما في يده ملك لمولاه فلا يتحقق الربا ، وهنا إذا كان مأفونا له ولم يكن عليه دين ، فإن كان عليه دين لا يجوز بالاتفاق ، لأن ما في يده ليس ملك المولى عند أبي حنيفة رحمه الله ، وعندهما يتعلق به حق الغرماء فصار كالأجنبي فيتحقق الربا كما يتحقق بينه وبين مكانبه .

قال (ولا بين المسلم والحربي في دار الحرب) خلافا لأبي يوسف والشافعي رحمهما الله . لهما الاحتياط بالمستأمن منهم في دارنا . ولنا قوله عليه الصلاة والسلام لا ربا بين المسلم والحربي في دار الحرب ، ولأن ما لهم مباح في دارهم فبأي طريق أخذه المسلم أخذ مالا مباحا إذا لم يكن فيه غدر ، بخلاف المستأمن منهم لأن ماله صار محظورا بعقد الأمان .

باب الحقوق

(ومن اشترى منزلا فوقه منزل فليس له الأعلى إلا أن يشتره بكل حق هو له أو بمراقفه أو بكل قليل وكثير هو فيه أو منه . ومن اشترى بيتا فوقه بيت بكل حق هو له لم يكن له الأعلى . ومن اشترى دارا بمحدودها فله العلو والكنيف) جمع بين المنزل والبيت والدار ، فالمسكن للدار ينتظم العلو لأنه اسم لما أدير عليه الحدود والعلو من توابع الأصل وأجزائه فيدخل فيه ، والبيت اسم لما يبات فيه والعلو مثله ، والشئ لا يكون تبعا لمثله فلا يدخل فيه إلا بالتخصيص عليه والمنازل بين الدار والبيت لأنه يتأق في مرافق السكنى مع ضرب تصور إذ لا يكون في منزل الدواب فلشبهه بالدار يدخل العلو فيه تبعا عند ذكر التوابع ولشبهه بالبيت لا يدخل فيه بدونه ، وقيل في عرفنا يدخل العلو في جميع ذلك ، لأن كل مسكن يسمى بالفارسية خانه ولا يخلو عن علو ، وكما يدخل العلو في اسم الدار يدخل الكنيف لأنه من توابعه ولا تدخل الخلة إلا بذكر ما ذكرنا عند أبي حنيفة لأنه معنى على هواه الطريق فأخذ حكمه . وعندهما إن كان مفتحة في الدار يدخل من غير ذكر شيء مما ذكرنا لأنه من توابعه فشابه الكنيف .

قال (ومن اشترى بيتا في دار أو منزلا أو مسكنا لم يكن له الطريق إلا أن يتجره بكل حق هو له أو بمراقبه أو بكل قليل وكثير ، وكلما الشرب والمسيل) لأنه خارج الحدود إلا أنه من التوايع فيدخل يذكر التوايع ، بخلاف الإجارة لأنها تعقد للانتفاع فلا يتحقق إلا به ، إذ المستأجر لا يهتري الطريق عادة ، ولا يستأجره فيدخل تحصيل الفائدة المطلوبة منه . أما الانتفاع بالمبيع فممكن بدونه لأن المشتري عادة يشتره وقد يتجر فيه فيبيعه من غيره فحصلت الفائدة ، والله تعالى أعلم :

باب الاستحقاق

(ومن اشترى جارية فولدت عنه فاستحقها رجل بيته فإنه يأخذها وولدها ، وإن أقرَّ بها لرجل لم يتبعها ولدها) ووجه الفرق أن البيعة مطلقه فلها كاسمها مبيعة فيظهر بها ملك من الأصل والولد كان متصلا بها فيكون له .

أما الإقرار فحجة قاصرة يثبت الملك في المخبر به ضرورة صحة الإخبار وقد اندفعت بإثباته بعد الانفصال فلا يكون الولد له ، ثم قيل يدخل الولد في القضاء بالأم تبعاً ، وقيل يشترط القضاء بالولد وإليه تشير المسائل ، فإن القاضي إذا لم يعلم بالزوائد قال محمد رحمه الله لا تدخل الزوائد في الحكم ، فكذلك الولد إذا كان في يد غيره لا يدخل تحت الحكم بالأم تبعاً .

قال (ومن اشترى عبداً فإذا هو حرّ وقد قال العبد للمشتري اشترى فلاني عبد له ، فإن كان البائع حاضراً أو غائبا غيبة معروفة لم يكن على العبد شيء ، وإن كان البائع لا يدري أين هو رجع المشتري على العبد ورجع هو على البائع ، وإن ارتبى عبداً مقراً بالعبودية فوجبه حرّاً لم يرجع عليه على كل حال) وعن أبي يوسف رحمه الله أنه لا يرجع فيهما لأن الرجوع بالمعاضة أو بالكفالة ، والموجود ليس إلا الإخبار كاذباً فصار كما إذا قال الأجنبي ذلك أو قال العبد ارتبى فلاني عبد وهي المسئلة الثانية . ولهما أن المشتري شرع في الشراء معتمداً على أمره وإقراره أتى عبد إذ القول له في الحرية فيجعل العبد بالأمم بالشراء ضامناً للثمن له عند تعذر رجوعه على البائع دفعا للغرور والضرر ولا تعذر إلا فيما لا يعرف مكانه والبيع عقد معاوضة فأمكن أن يجعل الأمر به ضامناً للسلامة كما هو موجب ، بخلاف الرهن لأنه ليس بمعاوضة ، بل هو وثيقة لاستيفاء عين حقه حتى يجوز الرهن ببذل الصرف والمسلم

فيه مع حرمة الاستبداد ، فلا يجعل الأمر به ضمانا للسلامة ، ويختلف الأجنبي لأنه لا يعبأ بقوله فلا يتحقق الضرر .- ونظير مسئلتنا قول المولى : بايعوا عبدى هذا فلانى قد أذنت له ، ثم ظهر الاستحقاق فلأنهم يرجعون عليه بقيمته ، ثم فى وضع المسئلة ضرب إشكال على قول أبى حنيفة رحمه الله ، لأن الدعوى شرط فى حرية العبد عنده ، والتناقض يفسد الدعوى ، وقيل إن كان الوضع فى حرية الأصل فالدعوى فيها ليس بشرط عنده لفرضه تحريم فرج الأم ، وقيل : هو شرط لكن التناقض غير مانع خلفاء العلوق ، وإن كان الوضع فى الإعتاق فالتناقض لا يمنع لاستبداد المولى به فصار كالمختلعة تقيم البيئة على الطلقات الثلاث قبل الخلع والمكاتب بقيتها على الإعاق قبل الكتابة .

قال (ومضى ادعى حقا فى دار) معناه حقا مجهولا (فصالحه الذى فى يده على مائة درهم فاستحققت الدار إلا فروعها لم يرجع بشيء) لأن للمدعى أن يقول دعواى فى هذا الباقي .

قال (وإن ادعاهما كلها فصالحه على مائة درهم فاستحق منها شيء رجع بحسابه) لأن التوفيق غير ممكن فوجب الرجوع ببذله عند فوات سلامة المبدل ، ودلت المسئلة على أن الصلح مع المجهول على معلوم جائز لأن الجهالة فيها يسقط لا تفضى إلى المنازعة ، والله تعالى أعلم بالصواب .

فصل : فى بيع الفضولى

قال : (ومن باع ملك غيره بغير أمره فالملك بالخيار إن شاء أجاز البيع وإن شاء فسخ) وقال الشافعى رحمه الله : لا يتعد لأنه لم يصدر عن ولاية شرعية ، لأنها بالملك أو بإذن للمالك وقد فقدوا ولا انعقاد إلا بالقدرة الشرعية . ولنا أنه تصرف تمليك وقد صدر من أهله فى محله فوجب القول بانعقاده إذ لا ضرر فيه للمالك مع تخييره بل فيه نفعه حيث يمكن مؤنة طلب المشترى وقرار الثمن وغيره ، وفيه نفع العاقد لصون كلامه عن الإلغاء ، وفيه نفع المشترى بثبوت القدرة الشرعية تحصيل هذه الوجوه ، وكيف وأن الإذن ثابت دلالة لأن المالك يأذن فى التصرف النافع .

قال (وله الإجازة إذا كان المقود عليه باقيا والمعاقدان بحالهما) لأن الإجازة تصرف فى العقد فلا يد من قيامه وذلك بقيام العاقدين والمقود عليه ، وإذا أجاز المالك كان الثمن

مملوكا له أمانة في يده بمنزلة الوكيل لأن الإجازة اللاحقة بمنزلة الوكالة السابقة والفضولي أن يضيع قبل الإجازة دفعا للحقوق عن نفسه ، بخلاف الفضولي في النكاح لأنه معبر محض لهذا إذا كان الثمن دينا ، فإن كان عرضا معينا إنما تصح الإجازة إذا كان العرض باقيا أيضا ، ثم الإجازة إجازة نقد لا إجازة عقد ، حتى يكون العرض الثمن مملوكا للفضولي وعليه مثل المبيع إن كان مثليا أو قيمته إن لم يكن مثليا لأنه شراء من وجه ، والشراء لا يتوقف على الإجازة ، ولو هلك المالك لا يتفد بإجازة الوارث في الفصلين ، لأنه توقف على إجازة الموروث لنفسه فلا يجوز بإجازة غيره ، ولو أجاز المالك في حياته ولا يعلم حال المبيع جاز البيع في قول أبي يوسف أولا وهو قول محمد رحمه الله لأن الأصل بقاءه ، ثم رجح أبو يوسف رحمه الله وقال لا يصح حتى يعلم قيامه عند الإجازة ، لأن الشك وقع في شرط الإجازة فلا يثبت مع الشك .

قال (ومن غصب عبداً فباعه وأعتقه المشتري ثم أجاز المولى البيع فالتحق بجاز) استحسانا ، وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله ، وقال محمد رحمه الله : لا يجوز لأنه لا يعتق بدون الملك . قال عليه الصلاة والسلام : ولاعتق فيما لا يملك ابن آدم ، والموقوف لا يفيد الملك ، ولو ثبت في الآخرة يثبت مستندا ، وهو ثابت من وجه دون وجه ، والمصصح للإعتاق الملك الكامل لما رويناه ، ولهذا لا يصح أن يعتق الغاصب ثم يؤدي الضمان ولأن يعتق المشتري واختيار البائع ثم يجزى البائع ذلك ، وكذا لا يصح بيع المشتري من الغاصب فيما نحن فيه مع أنه أسرع نفاذا حتى نفذ من الغاصب إذا أدى الضمان وكذا لا يصح إعتاق المشتري من الغاصب إذا أدى الغاصب الضمان . ولما أن الملك ثبت موقوفا بتصرف مطلق موضوع لإفادة الملك ولا ضرر فيه على ما مر فتوقف الإعتاق مرتبا عليه وينفذ بتفاهذه فصار كإعتاق المشتري من الرهن وكإعتاق الوارث جيدا من التركة وهي مستغرفة بالديون يصح وينفذ إذا قضى الديون بعد ذلك ، بخلاف إعتاق الغاصب بنفسه لأن الغصب غير موضوع لإفادة الملك ، وبخلاف ما إذا كان في البيع خيار البائع لأنه ليس بمطلق ، وقران الشرط به يمنع انعقاد حق الحكم أصلا ، وبخلاف بيع المشتري من الغاصب إذا باع لأن الإجازة يثبت للبائع ملك بات فلا طرا على ملك موقوف لغيره أبطله : وأما إذا أدى الغاصب الضمان بنقد إعتاق المشتري منه كننا ذكره هلال رحمه الله ، وهو الأصح .

قال (فإن قطعت يد العبد فأخذ أرضها ثم أجاز المولى البيع فالأرض للمشتري) لأن

المالك قد تم له من وقت الشراء ، فتبين أن القطع حصل على ملكه ، وهذه حجة على محمد . والمذر له أن الملك من وجه يكتفى لاستحقاق الأرض كالمكاتب إذا قطعت يده وأخذ الأرض ثم ود في الرق يكون الأرض للمولى فكذا إذا قطعت يد المشتري في يد المشتري وانلخيار للبائع ثم أجزى البيع فالأرض للمشتري بخلاف الإعتاق على ما مر (ويتصلق بما زاد على نصف الثمن) لأنه لم يدخل في ضمانه أو فيه شبهة عدم الملك .

قال (فإن باعه المشتري من كاهن ثم أجاز المولى البيع الأول لم يجز البيع الثاني) لما ذكرنا ، ولأن فيه غرر الانفساخ على اعتبار عدم الإجازة في البيع الأول والبيع يفسد به ، بخلاف الإعتاق عندهما لأنه لا يؤثر فيه الغرر .

قال (فإن لم يبعه المشتري فأت في يده أو قتل ثم أجاز البيع لم يجز) لما ذكرنا أن الإجازة من شروطها قيام المعقود عليه وقد فات بالموت ، وكذا بالقتل إذ لا يمكن إيجاب البذل للمشتري بالقتل حتى بعد باقيا بقاء البذل ، لأنه لا ملك للمشتري عند القتل . ملكا يقابل بالبذل فتحقق الفوات بخلاف البيع الصحيح لأن ملك المشتري ثابت غامض إيجاب البذل له فيكون المبيع قائما بقيام خلفه .

قال (ومن باع عبد غيره بغير أمره وأقام المشتري البيعة على إقرار البائع أو رب العبد أنه لم يأمره بالبائع وأراد رد المبيع لم تقبل بيعته) للتناقص في الدعوى ، إذ الإقدام على الشراء إقرار منه بصحته والبيعة مبنية على صحة الدعوى (وإن أقر البائع بذلك عند القاضى بطل البيع) إن طلب المشتري ذلك لأن التناقص لا يمنع صحة الإقرار ، وللمشتري أن يساعده على ذلك فيحقق الاتفاق بينهما فلهذا شرط طلب المشتري .

قال رضى الله عنه : وذكر في الزيادات أن المشتري إذا صدق مدعيه ثم أقام البيعة على إقرار البائع أنه المستحق قبل ، وفرقوا أن العهد في هذه المسئلة في يد المشتري وفي تلك المسئلة في يد غيره وهو المستحق ، وشرط الرجوع بالثمن أن لا يكون العين سالما للمشتري .

قال (ومن باع دارا لرجل وأدخلها المشتري في يثائه لم يضمن البائع) عند أبي حنيفة رحمه الله ، وهو قول أبي يوسف رحمه الله آخر ، وكان يقول أو لا يضمن البائع وهو قول محمد رحمه الله ، وهي مسئلة غصب النصارى ، وسليته في الغصب إن شاء الله تعالى ، . الله أعلم بالصواب .

باب السلم

السلم : عقد مشروع بالكتاب ، وهو آية المداينة فقد قال ابن عباس رضي الله عنهما :
 أشهد أن الله تعالى أحلّ للسلط المضمون ، وأزل فيها أطول آية في كتابه وعلا قوله تعالى :
 يا أيها الذين آمنوا إذا تداينتم بدين لى أجل مسمى فاكتبوه - الآية ، وبالسنة وهو ما روى
 أنه عليه الصلاة والسلام نهى عن بيع ما ليس عند الإنسان ورخص في السلم ، والقياس وإن
 كان يأباه ولكننا تركناه بما رويناه . ووجه القياس أنه بيع المندوم إذ المبيع هو المسلم فيه .

قال (وهو جائز في المكيلات والموزونات) لقوله عليه الصلاة والسلام : من أسلم
 حنككم فليسلم ، في كيل معلوم ووزن معلوم إلى أجل معلوم ، والمراد بالموزونات غير الدراهم
 والدنانير لأنهما أثمان والمسلم فيه لا بد أن يكون مثمتا فلا يصح السلم فيما ، ثم قيل يكون
 باطلا ، وقيل بنعقد بيعا بشئ مؤجل تحصيله لقصد المتعاقدين بحسب الإمكان والعمرة
 في العقود للمعاني ، والأول أصح لأن التصحيح إنما يجب في محل أوجبا العقد فيه ولا
 يمكن ذلك .

قال (وكذا في المروحات) لأنه يمكن ضبطها بذكر الذرع والصفة والصنعة ، ولا بد
 منها لترفع الجهالة فيتحقق شرط صحة السلم ، وكذا في الملعونات التي لا تضاهت كالجوز
 والبيض لأن العدى المتقارب معلوم القدر مضبوط الوصف مقدور التسليم فيجوز السلم فيه
 والصغير والكبير فيه سواء باصطلاح الناس على إهدار التفاوت ، بخلاف البطيخ والرمان ،
 لأنه يتفاوت أحاده تفاوتاً فاحشاً وبتفاوت الآحاد في المالة يعرف العدى المتقارب . وعن
 أبي حنيفة رحمه الله : أنه لا يجوز في بيع النعامة لأنه يتفاوت أحاده في المالة ، ثم كما يجوز
 السلم فيها عندا يجوز كيلا . وقال زفر رحمه الله : لا يجوز كيلا لأنه عدى وليس بمكيل .
 وحده أنه لا يجوز عندا أيضا للتفاوت ، ولنا أن المقدار مرة يعرف بالعدد وتارة بالكيل
 وإنما صار ممتودا بالاصطلاح فصير مكيلا باصطلاحهما ، وكذا في الفلوس عندا . وقيل
 هذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله . وعند محمد رحمه الله لا يجوز لأنها أثمان ،
 ولهما أن الثمنية في حقهما باصطلاحهما فتبطل باصطلاحهما ولا تعود وزنيا ، وقد ذكرناه
 من قبل .

(ولا يجوز السلم في الحيوان) وقال الشافعي رحمه الله : يجوز لأنه يصير موطوءا

ببيان الخش والسن والنوع والصفة ، والتفاوت بعد ذلك يسير فأشبه الثياب . ولنا أنه بعد ذكر ما ذكر يبق فيه تفاوت فاحش في المالية باعتبار المعاني الباطنة فيفضي إلى المنازعة ، بخلاف الثياب لأنه مصنوع العباد فقلما يتفاوت الثوبان إذا نسجا على منوال واحد ، وقد صح وأن النبي عليه الصلاة والسلام نهى عن السلم في الحيوان ، ويدخل فيه جميع أجناسه حتى المصافير .

قال (ولا في أطرافه كالرءوس والأكارع) لتفاوت فيها إذ هو عدى متفاوت لا مقدر لها .

قال (ولا في الجلود عددا ولا في الخطب حزما ولا في الرطبة جزوا) للتفاوت فيها إلا إذا عرف ذلك بأن بين له طول ما يشد به الحزمة أنه شبر أو ذراع فحينئذ يجوز إذا كان على وجه لا يتفاوت .

قال (ولا يجوز السلم حتى يكون المسلم فيه موجودا من حين العقد إلى حين المثل حتى لو كان مقطعا عند العقد موجودا عند المثل أو على العكس أو مقطعا فيما بين ذلك لا يجوز) وقال الشافعي رحمه الله : يجوز إذا كان موجودا وقت المثل لوجود القدرة على التسليم حال وجوبه . ولنا قوله عليه الصلاة والسلام : لا تسلفوا في الثمار حتى يبدو صلاحها ، ولأن القدرة على التسليم بالتحصيل فلا بد من استمرار الوجود في مدة الأجل ليستمكن من التحصيل (ولو انقطع بعد المثل قرب المسلم بالخيار إن شاء فسخ السلم وإن شاء انتظر وجوده) لأن السلم قد صح والعجز الطاريء على شرف الزوال فصار كإباق المبيع قبل القبض .

قال (ويجوز السلم في السمك المالح وزنا معلوما وضربا معلوما) لأنه معلوم القدر مضبوط الوصف مقدور التسليم ، إذ هو غير منقطع (ولا يجوز السلم فيه عددا) للتفاوت . قال (ولا خير في السلم في السمك الطري إلا في حينه وزنا معلوما وضربا معلوما) لأنه ينقطع في زمان الشتاء حتى لو كان في بلد لا ينقطع يجوز مطلقا ، وإنما يجوز وزنا لاحدا لما ذكرنا . وعن أبي حنيفة رحمه الله أنه لا يجوز في لحم الكبار منها وهي التي تقطع اعتبارا بالسلم في اللحم عنده .

قال (ولا خير في السلم في اللحم عند أبي حنيفة رحمه الله . وقالوا : إذا وصف من اللحم موضعها معلوما بصفة معلومة جاز) لأنه موزون مضبوط الوصف ، ولهذا يضمن

بالمثل ، ويجوز استقراضه وزنا ، ويجرى فيه ربا الفضل ، بخلاف السلم الطيور . لأنه لا يمكن وصف موضع منه ، وله أنه مجهول للتفاوت في قلة العظم وكثرته أو في منته وهزاله على اختلاف فصول السنة ، وهذه الجهالة مفضية إلى المنازعة ، وفي مخلوع العظم لا يجوز على الوجه الثاني وهو الأصح والتضمنين بالمثل ممنوع وكذا الاستقراض وبعد التسليم فالمثل أعدل من القيمة ولأن القبض يعاين فيعرف مثل المقبوض به في وقته . أما الوصف فلا يكتفى به .

قال (ولا يجوز السلم إلا مؤجلا) وقال الشافعي رحمه الله : يجوز حالا لإطلاق الحديث ورخص في السلم . ولنا قوته عليه الصلاة والسلام « إلى أجل معلوم » فإيا رويتنا ، ولأنه شرح رخصة دفعا لحاجة المفاليس فلا بد من الأجل ليقدر على التحصيل فيه فيسلم ولو كان قادرا على التسليم لم يوجد المرخص فيبقى على الثاني .

قال (ولا يجوز إلا بأجل معلوم) لما رويتنا ، ولأن الجهالة فيه مفضية إلى المنازعة كما في البيع ولأجل أدناه شهر ، وقيل ثلاثة أيام ، وقيل أكثر من نصف يوم والأول أصح (ولا يجوز السلم بمكيال رجل بعينه ولا بذراع رجل بعينه) معناه إذا لم يعرف مقداره ، لأنه يتأخر فيه التسليم فربما يضيع فيؤدي إلى المنازعة ، وقد مر من قبل ولا بد أن يكون المكيال مما لا يتقبض ولا ينسبط كالقصاع مثلا ، فإن كان مما ينكس بالكيس كالتزليل والجواب لا يجوز للمنازعة إلا في قرب الماء للتعامل فيه كذا روى عن أبي يوسف رحمه الله .

قال (ولا في طعام قرية بعينها) أو ثمرة نخلة بعينها لأنه قد يعتريه آفة فلا يقدر على التسليم وإليه أشار عليه الصلاة والسلام حيث قال « أرأيت لو أذهب الله تعالى الثمر لم يستحل أحدكم مال أخيه » ولو كانت النسبة إلى قرية لبيان الصفة لأبأس به على ما قالوا كأنه شمراني ببخاري والبساخي بفرغانة ،

قال (ولا يصح السلم عند أبي حنيفة رحمه الله إلا بسبع شرائط : جنس معلوم) كقولنا حنطة أو شمر (ونوع معلوم) كقولنا سقية أو بخسية (وصفة معلومة) كقولنا جيد أو رديء (ومقدار معلوم) كقولنا كلنا كيلا بمكيال معروف وكذا وزنا (وأجل معلوم) والأصل فيه ما رويتنا والفقهاء فيه ما بينا (ومعرفة مقدار رأس المال إذا كان يعاقب القدر على مقداره) كالمكيل والموزون والمعدود (وتسمية المكان الذي يوفيه فيه إذا كان له محل وموثة) وقالا : لا يحتاج إلى تسمية رأس المال إذا كان معينا ولا إلى مكان التسليم ويسلمه في موضع العقد فهاتان مستثنان . ولهما في الأولى أن المقصود يحصل بالإشارة فأشبه الثمن

والأجرة وصار كتوب . وله أنه ربما يوجد بعضها فيونا ولا يستبدل في المجلس ، فلم يعلم قدره لا يدعى في كم بقي أو ربما لا يقدر على تحصيل المسلم فيه فيحتاج إلى رد رأس المال ، والموهم في هذا العقد كالتحقق لشرعه مع المتفق ، بخلاف ما إذا كان رأس المال ثوبا لأن الدرع وصف فيه لا يعلق العقد على مقداره . ومن قروعه إذا أسلم في جنسين ولم يبين رأس مال كل واحد منهما أو أسلم جنسين ولم يبين مقدار أحدهما . ولهما في الثانية أن مكان للعقد يتعين لوجود العقد الموجب للتسليم فيه . ولأنه لا يزاخه مكان آخر فيه ، فيصير نظير أول أوقات الإسكان في الأوامر وصار كالقرض والنصب . ولأن حنيئة رحمه الله أن التسليم غير واجب في الحال فلا يتعين بخلاف القرض والنصب ، وإذا لم يتعين فاجبها له فيه تنفي إلى المنازعة لأن قيم الأشياء تختلف باختلاف المكان فلا بد من البيان وصار كجهالة الصفة ، ومن هذا قال من قال من المشايخ إن الاختلاف فيه عنده يوجب التخالف كما في الصفة ، وعمل على حكمه لأن تعيين المكان قضية العقد عندهما وعلى هذا الاختلاف الثمن والأجرة والقسمة .

وصورتها : إذا اقتسما دارا وجعل مع نصيب أحدهما شيئا له حل وموثة ، وقيل لا يشترط ذلك في الثمن . والصحيح أنه يشترط إذا كان مؤجلا وهو اختيار خمس الأئمة .

المرغى . وعندهما يتعين مكان الدار ومكان تسليم الدابة للإيفاء . قال (وما لم يكن له حل وموثة لا يحتاج فيه إلى بيان مكان الإيفاء بالإجماع) لأنه لا يختلف قيمته (ويوفيه في المكان الذي أسلم فيه) قال رضي الله عنه : وهذه رواية الجامع الصغير والبيوع ، وذكر في الإجازات أنه يوفيه في أي مكان شاء وهو الأصح لأن الأمان كلها سواء ولا وجوب في الحال ولو حينا مكانا ، قيل لا يتعين لأنه لا يفيد ، وقيل يتعين لأنه يفيد سقوط خطر الطريق ، ولو حين المصير فيها له حل وموثة يكفي به لأنه مع مجازين أطرافه كبقعة واحدة فيها ذكرنا .

قال (ولا يصح السلم حتى يقبض رأس المال قبل أن يفارقه فيه) أما إذا كان من القنود فلا نه افتراق عن دين بدين ، وقد نهى النبي عليه الصلاة والسلام عن الكالي بالكالي . وإن كان حينا ، فلأن السلم أخذ عاجل بأجل ، إذ الإعلام والإسلاف ينبتان عن التسجيل فلا بد من قبض أحد العوضين ليتحقق معنى الاسم ، ولأنه لا بد من تسليم أس المال ليقلب المسلم إليه فيه فيقدر على التسليم ، ولذا قلنا لا يصح السلم إذا كان فيه

خيار الشرط لما أو لأحدهما لأنه يمنع تمام القبض لكونه مانعا من الانعقاد في حق الحكم وكذا لا يثبت فيه خيار الرؤية لأنه غير مفيد بخلاف خيار العيب لأنه لا يمنع تمام القبض . ولو أسقط خيار الشرط قبل الافتراق ووأس المال قائم جاز خلافا لزرر رحمه الله ، وقد مر نظيره (وجملة الشروط جمعها في قولهم لإعلام رأس المال وتمجيئه وإعلام المسلم فيه وتأجيله ويان مكان الإيفاء والقنطرة على تحصيله ، فإن أسلم مائتي درهم في كره حنطة مائة منها دين على المسلم إليه ومائة نقد فالمسلم في حصه الدين باطل) لقوات القبض (ويجوز في حصه النقد) لاستجماع شرائطه ، ولا يشيع الفساد لأن الفساد طارئ إذ السلم وقع صحيحا ولهذا لو نقد رأس المال قبل الافتراق صح إلا أنه يطل بالافتراق لما بينا ، وهذا لأن الدين لا يتعين في البيع ، ألا ترى أنهما لو تبايعا عينا بدين ثم تصادقا أن لا دين لا يطل البيع فينقذ صحيحا :

قال (ولا يجوز التصرف في رأس مال السلم والمسلم فيه قبل القبض) أما الأول فلما فيه من نفويت القبض المستحق بالتقدي ، وأما الثاني فلأن المسلم فيه مبيع ، والتصرف في المبيع قبل القبض لا يجوز :

قال (ولا يجوز الشركة والتولية في المسلم فيه) لأنه تصرف فيه (فإن تقابلا السلم لم يكن له أن يشتري من المسلم إليه برأس المال شيئا حتى يقبضه كله) لقوله عليه الصلاة والسلام « لا تأخذ إلا سلمي أو رأس مالك ، أي عند الفسخ ولأنه أخذ شيئا بالمبيع فلا محل التصرف فيه قبل قبضه ، وهذا لأن الإقالة بيع جديد في حق ثالث ، ولا يمكن جعل المسلم فيه مبيعا لسقوطه فجعل رأس المال مبيعا لأنه دين مثله إلا أنه لا يجب قبضه في المجلس ، لأنه ليس في حكم الابتداء من كل وجه ، وفيه خلاف لزرر رحمه الله ، والحجة عليه ما ذكرناه .

قال (ومن أسلم في كره حنطة فلما حل الأجل اشترى المسلم إليه من رجل كرا وأمر رب السلم بقبضه قضاء لم يكن قضاءه وإن أمره أن يقبضه له ثم يقبضه لنفسه فإكتاله ثم إكتاله لنفسه جاز) لأنه اجتمعت الصفقتان بشرط الكيل فلا بد من الكيل مرتين لئبى النبي عليه الصلاة والسلام من بيع الطعام حتى يجري فيه صاعان ، وهذا هو عمل الحديث على ما مره والسلم وإن كان سابقا لكن قبض المسلم فيه لاحق وأنه بمنزلة ابتداء البيع ، لأن الدين غير الدين حقيقة ، وإن جعل عنه في حق حكم غلص وهو حرمة الاستبدال فيعقق البيع

بعد الشراء وإن لم يكن مسلما وكان قرضا فأمره بقبض الكرجاز لأن القرض إعارة ،
ولهذا ينقذ بلفظ الإعارة فكان المردود عين المأخوذ مطلقا حكما فلا تجتمع الصفقتان .

قال (ومن أسلم في كره فأمر رب السلم أن يكيّله المسلم إليه في غرأه رب السلم ففعل
وهو غائب لم يكن قضاء) لأن الأمر بالكيل لم يصح لأنه لم يصادف ملك الأمر لأن حقه
في الدين دون العين فصار المسلم إليه مستعبدا للفرار منه وقد جعل ملك نفسه فيها فصار
كما لو كان عليه درهم دين فدفع إليه كيما لبزها المديون فيه لم يصبر قابضا ، ولو كانت
الحنطة مشتراة والمسئلة بجانها صار قابضا ، لأن الأمر قد صح حيث صادف ملكه لأنه
ملك العين بالبيع ، ألا ترى أنه لو أمره بالطحن كان الطحين في السلم للمسلم إليه وفي الشراء
للمشتري لصحة الأمر ، وكذا إذا أمره أن يصبه في البحر في السلم يهلك من مال المسلم
إليه وفي الشراء من مال المشتري ويقرر الثمن عليه لما قلنا ، ولهذا يكتفى بذلك الكيل في
الشراء في الصحيح لأنه نائب عنه في الكيل والقبض بالوقوع في غرأه المشتري ، ولو أمره
في الشراء أن يكيّله في غرأه البائع ففعل لم يصبر قابضا لأنه استعاض غرأه ولم يقبضها
فلا تصير الغرأه في يده فكذا ما يقع فيها وصار كما لو أمره أن يكيّله ويحمله في ناحية
من بيت البائع لأن البيت بنواحيه في يده فلم يصبر المشتري قابضا ، ولو اجتمع الدين
والعين والغرأه للمشتري إن بدأ بالدين صار قابضا . أما العين فلصحة الأمر فيه ، وأما
الدين فلا تصالحه بملكه وبمثله يصبر قابضا كمن استقرض حنطة وأمره أن يزرعها في
لوحه وكن دفع إلى صائغ خاتما وأمره أن يزيده من عنده نصف دينار وإن بدأ بالدين
لم يصبر قابضا . أما الدين فلعدم صحة الأمر ، وأما العين فلا لأنه خلطه بملكه قبل التسليم
فصار مستهلكا عند أي حنيفة رحمه الله فينقض البيع ، وهذا الخلط غير مرضي به من جهة
لجواز أن يكون مراده البدء بالعين . وعندهما هو بالخيار إن شاء نقض البيع وإن شاء شاركه
في الخلوط لأن الخلط ليس باستهلاك عندهما .

قال (ومن أسلم جارية في كره حنطة وقبضها المسلم إليه ثم تقايلا فأتت في يد المشتري فعليه
قيمتها يوم قبضها ، ولو تقايلا بعد هلاك الجارية جاز) لأن صحة الإقالة تعتمد بقاء العقد
وذلك بقيام العقود عليه ، وفي السلم المفقود عليه إما هو المسلم فيه فصحت الإقالة حال بقاءه ،
ولهذا جاز ابتداء غاوي أن يبقى انتهاء لأن البقاء أسهل ، وإذا انفسخ العقد في السلم فيه
انفسخ في الجارية تبعاً فيجب عليه ردّها وقد عجز فيجب عليه ردّ قيمتها (ولو اشترى

سجارية بألف درهم ثم تقايلا فأتت في يد المشتري بطلت الإقالة ، ولو تقايلا بعد موتها (الإقالة باطلة) لأن المعقود عليه في البيع إنما هو الجارية فلا يبقى العقد بعدهما فلا يصح الإقالة ابتداء ولا تبقى انتهاء لانعدام محله ، وهذا بخلاف بيع المقايضة حيث تصح الإقالة وتبقى بعد هلاك أحد العوضين لأن كل واحد منهما مبيع فيه .

قال (ومن أسلم إلى رجل دراهم في كره حنطة فقال المسلم إليه شرطت ردبنا وقال ربّ السلم لم تشترط شيئا فالقول قول المسلم إليه) لأن ربّ السلم تمتعت في إنكاره الصحة ، لأن المسلم فيه يربو على رأس المال في العادة ، وفي عكسه قالوا يجب أن يكون القول لربّ السلم عند أبي حنيفة رحمه الله لأنه يدعى الصحة وإن كان صاحبه منكرا . وعندهما القول للمسلم إليه لأنه منكروا وإن أنكر الصحة ، وصغوره من بعد إن شاء الله تعالى (ولو قال المسلم إليه لم يكن له أجل وقال رب السلم بل كان له أجل فالقول قول رب السلم) لأن المسلم إليه تمتعت في إنكاره حقا له وهو الأجل ، وللفساد لعدم الأجل غير متحقق لمكان الاجتهاد فلا يعتبر النفع في ردّ رأس المال بخلاف عدم الوصف ، وفي عكسه القول لرب السلم عندهما لأنه ينكر حقا له عليه فيكون القول قوله ، وإن أنكر الصحة كرب المال إذا قال للمضارب شرطت لك نصف الربح إلا عشرة وقال المضارب لا بل شرطت لي نصف الربح فالقول لرب المال لأنه ينكر استحقاق الربح وإن أنكر الصحة . وعند أبي حنيفة رحمه الله القول للمسلم إليه لأنه يدعى الصحة وقد اتفقا على عقد واحد فكانا متفقين على الصحة ظاهرا ، بخلاف مسألة المضاربة لأنه ليس بلام لازم فلا يعتبر الاختلاف فيه فيبقى مجرد دعوى استحقاق الربح . أما السلم فلازم فصار الأصل أن من خرج كلامه تمتعا فالقول لصاحبه بالاتفاق ، وإن خرج خصومة ووقع الاتفاق على عقد واحد فالقول لمدعى الصحة عنده وعندهما للمتكبر وإن أنكر الصحة .

قال (ويجوز السلم في الثياب إذا بين طولها وعرضها ورقعة) لأنه أسلم في معلوم مقدور التسليم على ما ذكرنا وإن كان ثوب حرير لا بد من بيان وزنه أيضا لأنه مقصود فيه (ولا يجوز السلم في الجواهر ولا في الخرز) لأن أحادها متفاوتة تفاوتها فاحشا وفي صفار الزؤل التي تباع وزنا يجوز السلم لأنه مما يعلم بالوزن (ولا بأس بالسلم في الثبن والآجر إذا سمى ملبنا معلوما) لأنه عددي متقارب لاسميا إذا سمى الملبن .

قال (وكما ما أمكن ضبط صفته ومعرفة مقلده جاز السلم فيه) لأنه لا يفسد إذا

المتازعة (ومالا يضبط صفته ولا يعرف مقداره لا يجوز السلم فيه) لأنه دين ويدون الوصف يبقى مجهولا جهالة تقضى إلى المتازعة (ولا بأس بالسلم في طست أو قدمة أو خفيق أو نحو ذلك إذا كان يعرف) لاستجماع شرائط السلم (وإن كان لا يعرف فلا خير فيه) لأنه دين مجهول .

قال (وإن استصنع شيئا من ذلك بغير أجل جاز استحسانا) للإجماع الثابت بالتعامل ، وفي القياس لا يجوز لأنه بيع المعلوم . والصحيح أنه يجوز فيما لاحد والمعلوم قد يعتبر موجودا حكما والمعقود عليه المين دون العمل حتى لو جاء به مفروغا لأمن صنعه أو من صنعه قبل النقد فأخذه جاز ، ولا يتعين إلا بالاختيار حتى لو باعه الصانع قبل أن يراه المستصنع جاز ، وهذا كله هو الصحيح .

قال (وهو بالخيار إذا رآه إن شاء أخذه وإن شاء تركه) لأنه اشترى شيئا لم يره ولا خيار للصانع كذا ذكره في المبسوط ، وهو الأصح لأنه باع ما لم يره . وعن أبي حنيفة رحمه الله أن له الخيار أيضا لأنه لا يمكن تسليم المعقود عليه إلا بضرر وهو قطع الصرم وغيره ، وعن أبي يوسف رحمه الله أنه لا خيار لهما . أما الصانع فلما ذكرنا ، وأما المستصنع فلأن في إثبات الخيار له إضرارا بالصانع لأنه ربما لا يشتريه غيره بمثله ، ولا يجوز في التعامل فيه للناس كالتدابير لعدم المجوز ، وفيما فيه تعامل إنما يجوز إذا أمكن إعلانه بالوصف يمكن التسليم ، وإنما قال بغير أجل لأنه لو ضرب الأجل فيما فيه تعامل يصبر سلما عند أنى حنيفة رحمه الله خلافا لهما ، ولو ضربه فيما لا تعامل فيه يصبر سلما بالانفاق . لهما أن اللفظ حقيقة للاستصناع فيحافظ على قضيته ، ويحمل الأجل على التعجيل بخلاف التعامل فيه لأنه استصناع فاسد فيحمل على السلم الصحيح . ولأبي حنيفة رحمه الله أنه دين يحتمل السلم ، ويجوز السلم باجماع لا شبهة فيه وفي تعاملهم الاستصناع نوع شبهة فكان الحمل على السلم أولى ، والله أعلم .

مسائل متنوعة

قال (ويجوز بيع الكلب والنهد والسباع المملوك وغير المملوك في ذلك سواء) وعن أبي يوسف رحمه الله أنه لا يجوز بيع الكلب المقور لأنه غير متنع به . وقال الشافعي رحمه الله : لا يجوز بيع الكلب ، لقوله عليه الصلاة والسلام « إن من السمات مهر البغي » ومنع الكلب ، ولأنه نجس العين والنجاسة تشع بهوان المحل وجواز البيع يشعر بإعزازه فكانه متعيا . ولنا وأنه عليه الصلاة والسلام نهى عن بيع الكلب إلا كلب صيد أو ماشية ، وأنه متنع به حراسة واصطيادا فكان مالا فيجوز بيعه ، بخلاف الهوام المؤذية لأنه لا ينفع بها والحديث محمول على الابتداء قلعا لهم عن الاتقاء ، ولا نسلم نجاسة العين ولو سلم فيحرم تناول دون البيع .

قال (ولا يجوز بيع الخمر والخنزير) لقوله عليه الصلاة والسلام « إن الذي حرم شربها حرم بيعها وأكل ثمنها » ولأنه ليس بمال في حقنا وقد ذكرناه .

قال (وأهل اللفة في البياعات كالمسلمين) لقوله عليه الصلاة والسلام في ذلك الحديث ، فأعلمهم أن لم يمسلمين وعليهم ما على المسلمين ، ولأنهم مكلفون محتاجون كالمسلمين .

قال (إلا في الخمر والخنزير خاصة) فإن عقدهم على الخمر كعقد المسلم على العصير ، وعقدهم على الخنزير كعقد المسلم على الشاة لأنها أموال في اعتقادهم ونحن أمرنا بأن نتركهم وما يتخذون ، دل عليه قول عمر رضي الله عنه : ولو لم يبيعها وخذوا العشر من أثمانها .

قال (ومن قال لغيره بع عبدك من فلان بألف درهم على أني ضامن لك خمسمائة من الثمن سوى الألف ففعل فهو جائز ويأخذ الألف من المشتري والخمسمائة من الضامن ، وإن كان لم يقل من الثمن جاز البيع بألف ولا شيء على الضمين) وأصله أن الزيادة في الثمن والضمن جائزة عندنا وتلتحق بأصل العقد بخلاف لزوم الشافعي رحمه الله ، لأنه تغيير للعقد من وصف مشروع إلى وصف مشروع وهو كونه عدلا أو خاسرا أو رابحا ثم قد لا يستفيد المشتري بها شيئا بأن زاد في الثمن وهو يساوي المبيع بثلوثها فيصح اشتراطها على الأجنبية

كبدل الخلع لكن من شرطها المقابلة تسميتو صورة ، فإذا قال من الثمن وجد شرطها فيصح ، وإذا لم يقل لم يوجد فلم يصح .

قال (ومن اشترى جارية ولم يقبضها حتى زوجها فوطئها الزوج فالتكاج جاز) لوجود سبب الولاية وهو الملك في الرقية على الكمال وعليه المهر (وهذا قبض) لأن وطء الزوج حصل بتسليط من جهته فصار فعله كفعله (وإن لم يطلعا فليس بقبض) والقياس أن يصير قابضا لأنه تعيب حكى فيعتبر بالتعيب الحقيقي . وجه الاستحسان أن في الحقيقي استيلاء على المثل وبه يصير قابضا ولا كذلك الحكمى فافترقا .

قال (ومن اشترى عبدا فغاب والعبد في يد البائع وأقام البائع البيعة أنه باعه إياه ، فإن كانت غيبته معروفة لم يبع في دين البائع) لأنه يمكن لإيصال البائع إلى حقه بنون البيع ، وفيه إبطال حق المشتري (وإن لم يدرك أين هو يبع العبد وأوفى الثمن) لأن ملك المشتري ظهر باقراره فيظهر على الوجه الذي أقر به مشغولا بحقه ، وإذا تعذر استيفاؤه من المشتري يبيعه القاضى فيه كالراهن إذا مات والمشتري إذا مات مفلسا وإلبيع لم يقبض ، بخلاف ما بعد القبض لأن حقه لم يبق متعلقا به ثم إن فضل شيء يملك للمشتري لأنه بدل حقه وإن نقص يفتق هو أيضا .

قال (فإن كان المشتري اثنين فغاب أحدهما فللحاضر أن يدفع الثمن كله ويقبضه ، وإذا حضر الآخر لم يأخذ نصيبه حتى ينقد شريكه الثمن كله ، وهو قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله . وقال أبو يوسف رحمه الله : إذا دفع الحاضر الثمن كله لم يقبض إلا نصيبه وكان متطوعا بما أدى من صاحبه) لأنه قضى دين غيره بغير أمره فلا يرجع عليه وهو أجني عن نصيب صاحبه فلا يقبضه . ولما أنه مضطر فيه لأنه لا يمكنه الانتفاع بنصيبه إلا بأداء جميع الثمن ، لأن البيع حقيقة واحدة وله حق الحبس مابق شيء منه والمضطر يرجع كغير الرهن . وإذا كان له أن يرجع عليه كان له حق الحبس عنه إلى أن يسعوف حقه كالوكيل بالشراء إذا قضى الثمن من مال نفسه .

قال (ومن اشترى جارية بألف مثقال ذهب وفضة فهما نصفان) لأنه أضاف المثقال إليهما على السواء فيجب من كل واحد منهما خمسمائة مثقال لعلم الأولوية . بمثله لو اشترى جارية بألف من الذهب والفضة يجب من الذهب مائتا مثقال ومن الفضة دراهم وزن سبعة لأنه أنشأ الألف إليهما فينصرف إلى الوزن للمهود في كل واحد منهما .

قال (ومن له على آخر عشرة دراهم جياذ فقضاء زيوتا وهو لا يطم فأنفقها أو هلكت فهو قضاء عند أبي حنيفة وعمد رحمه الله . وقال أبو يوسف رحمه الله : ردّ مثل زيوفه ويرجع بدراهمه) لأن حقه في الوصف مرعى كهو في الأصل ولا يمكن رعايته بإيجاب ضمان الوصف ، لأنه لا قيمة له عند المقابلة بحسنه فوجب المصير إلى ما قلنا . ولما أنه من جنس حقه حتى لو تجوز به فيها لا يجوز الاستبدال جاز فيقع به الاستيفاء ولا يبقى حقه إلا في الجوده ولا يمكن تداركها بإيجاب ضمانها لما ذكرنا ، وكذا بإيجاب ضمان الأصل لأنه بإيجاب له عليه ولا نظير له .

قال (وإذا أفرخ طير في أرض رجل فهو لمن أخذه) وكلنا إذا باض فيها (وكذا إذا تكس فيها طير) لأنه مباح سبقت يده إليه ولأنه صيد وإن كان يؤخذ بغير حيلة والصيد لمن أخذه وكذا البيض لأنه أصل الصيد ، ولهذا يجب الجزاء على المحرم بكسره أو شيه وصاحب الأرض لم يعد أرضه لذلك فصار كنصب شبكة للجفاف وكذا إذا دخل الصيد داره أو وقع مانثر من السكر أو اللزاهم في ثيابه لم يكن له ما لم يكنه أو كان مستعدا له ، بخلاف ما إذا حصل النحل في أرضه لأنه عدّ من إزاله فيملكه تبعاً لأرضه كالشجر الثابت فيها والرواب المتجمع في أرضه بمریان الماء ، والله أعلم .

كتاب الصرف

قال (الصرف هو البيع إذا كان كل واحد من عوضيه من جنس الأثمان) سمي به للحاجة إلى النقل في بدليه من يد إلى يد والصرف هو النقل والرد لغة أو لأنه لا يطلب منه إلا الزيادة إذ لا ينضج بعينه والصرف هو الزيادة لغة كذا قاله التحليل ومنه سميت العبادة النافلة صرفاً .

قال (فإن باع فضة بفضة أو ذهباً بذهب لا يجوز إلا مثلاً بمثل وإن اختلفا في الجودة والصياغة) لقوله عليه الصلاة والسلام : الذهب بالذهب مثلاً بمثل وزناً بوزن بدائيه والفضل ربا ، الحديث ، وقال عليه الصلاة والسلام : جيدها وردبها سواء ، وقد ذكرناه في البيع :

قال (ولا بدّ من قبض العوضين قبل الافتراق) لما روينا ولقول عمر رضي الله عنه :

(٦ - المسألة - ٣٨)

ولأن استغفرك أن يدخل بيته فلا تنظره ، ولأنه لابد من قبض أحدهما ليخرج العقد عن الكال بالكال ، ثم لابد من قبض الآخر تحقيقا للمساواة فلا يتحقق الربا ، ولأن أحدهما ليس بأولى من الآخر فوجب قبضهما سواء كانا بعتين كالصوغ ، أو لا بعتين كالضروب أو بعتين أحدهما ولا بعتين الآخر لإطلاق ما رويتنا ، ولأنه إن كان بعتين ففيه شبهة عدم التعيين لكونه ثمتا مخلقة فيشترط قبضه اعتبارا للشبهة في الربا ، والمراد منه الافتراق بالأيدان حتى لو ذهبنا عن المجلس بعثيان معا في جهة واحدة أو فاما في المجلس أو أغنى عليه ما لا ينطّل الصرف لقول ابن عمر رضي الله عنه : وإن وثب من سطح فشب معه ، وكذا المخبر ما ذكرناه في قبض رأس مال السلم ، بخلاف خيار المخيرة لأنه يبطل بالإعراض فيه (وإن باع الذهب بالفضة جاز التفاضل) لعدم المجانسة (ووجب التقاض) لقوله عليه الصلاة والسلام : الذهب بالورق ربا إلا هاء وهاء ، (فإن افرقا في الصرف قبل قبض الطرفين أو أحدهما بطل العقد) لغوات الشرط وهو القبض ولهذا لا يصح شرط الخيار فيه ولا الأجل لأن أحدهما لا يلقى القبض مستحقا . وبالثاني يفوت القبض المستحق ، إلا إذا أسقط الخيار في المجلس فيعود إلى الجواز لارتفاعه قبل تفرقه ، وفيه خلاف زفر رحمه الله ؛

قال (ولا يجوز التصرف في ثمن الصرف قبل قبضه حتى لو باع دينار بعشرة دراهم ولم يقبض العشرة حتى اشتوى بها ثوبا فالبيع في الثوب فاسد) لأن القبض مستحق بالعقد حقا لله تعالى وفي تجوز فواته ، وكان ينبغي أن يجوز العقد في الثوب كما نقل عن زفر رحمه الله لأن الدراهم لا تبين فيصرف العقد إلى مطلقها : ولكننا نقول الثمن في باب الصرف مبيع لأن البيع لابد له من ولا شيء سوى الثمنين ، فيجعل كل واحد منهما مبيعا لعدم الأولوية ، وبيع المبيع قبل القبض لا يجوز وليس من ضرورة كونه مبيعا أن يكون مبيعا كما في السلم فيه ؛

قال (ويجوز بيع الذهب بالفضة مجازة) لأن المساواة غير مشروطة فيه ولكن يشترط القبض في المجلس لما ذكرنا بخلاف بيعه بجنسه مجازة لما فيه من احتمال الربا .

قال (ومن باع جارية قيمتها ألف مثقال فضة وفي عنقها طوق فضة قيمته ألف مثقال بأثنى مثقال فضة وتقد من الثمن ألف مثقال ثم افرقا فالذي نقد ثمن الفضة) لأن قبض حصّة الطوق واجب في المجلس لكونه بطل الصرف والظاهر من الإتيان بالواجب (وكذا

لو اشتراها بألني مثقال ألف نسيتة وألف نقد فالتقد ثمن الطوق) لأن الأجل باطل في الصرف جازر في بيع الجارية والمباشرة على وجه الجواز وهو الظاهر منها (وكذلك إن باع سيفاً على مائة درهم وحليته خسون فدفع من الثمن خمسين جاز البيع وكان المقبوض حصّة الفضة وإن لم يبين ذلك لما بينا ، وكذلك إن قال خذ هذه الخمسين من ثمنها) لأن الاثنين قد يراد بذكرهما الواحد . قال الله تعالى - يخرج منهما اللؤلؤ والمرجان - والمراد أحدهما فيحمل عليه الظاهر حاله (فإن لم يتقابضا حتى افترقا بطل العقد في الحلية) لأنه صرف فيها (وكذا في السيف إن كان لا يتخلص إلا بضرر) لأنه لا يمكن تسليمه بدون الضرر ، ولهذا لا يجوز إفرادة بالبيع كالجذع في السقف (وإن كان يتخلص بغير ضرر جاز البيع في السيف وبطل في الحلية) لأنه أمكن إفراده بالبيع فصار كالطوق والجارية ، وهذا إذا كانت الفضة المفردة أزيد مما فيه ، فإن كانت مثله أو أقل منه أو لا يدري لا يجوز البيع للربا أو لاحتماله ، وجهة الصحة من وجه وجهة الفساد من وجهين فترجحت :

قال (ومن باع إناء فضة ثم افترقا وقد قبض بعض ثمنه بطل البيع فيما لم يقبض وصح فيما قبض وكان الإناء مشتركاً بينهما) لأنه صرف كله فصح فيما وجد شرطه وبطل فيما لم يوجد ، والنسأ طارىء لأنه يصح ثم يبطل بالافتراق فلا يشع .

قال (ولو استحق بعض الإناء فالمشتري بالخيار إن شاء أخذ الباقي بحصته وإن شاء رده) لأن الشركة عيب في الإناء (ومن باع قطعة نقرة ثم استحق بعضها أخذ ما بقي بحصته ولا خيار له) لأنه لا يضره التبعض .

قال (ومن باع درهمين وديناراً بدرهم ودينارين جاز البيع وجعل كل جنس بخلافه) وقال زفر والشافعي رحمهما الله : لا يجوز ، وعلى هذا الخلاف إذا باع كراً شعيراً وكر حنطة بكرى حنطة وكبرى شعير . ولهما أن في الصرف إلى خلاف الجنس تغيير نصرته لأنه قابل الجملة بالجملة ، وفي قضيته الانقسام على الشيوع لا على التعيين . والتغيير لا يجوز وإن كان فيه تصحيح التصرف ، كما إذا اشترى قلباً بعشرة وثوباً بعشرة ثم باعهما مراجعة لا يجوز وإن أمكن صرف الربح إلى الثوب ، وكذا إذا اشترى عبداً بألف درهم ثم باعه قبل نقد الثمن من البائع مع عبد آخر بألف وخمسة لا يجوز في المشتري بألف وإن أمكن تصحيحه بصرف الألف إليه ، وكذا إذا جمع بين عبده وعبد غيره ، وقال بطل أحدهما لا يجوز ، وإن أمكن تصحيحه بصرفه إلى عبده ، وكذا إذا باع درهما وثوباً

بدرهم وثوب واقترا من غير قبض فسد العقد في الدرهمين ولا يصرف الدرهم إلى الثوب لما ذكرنا . ولنا أن المقابلة المطلقة تحتمل مقابلة الفرد بالفردي كما في مقابلة الجنس بالجنس وأنه طريق متعين لتصحيحه فيحمل عليه تصحيحا لتصرفه ، وفيه تغيير وصفه لا أصله لأنه يبقى موجه الأصل وهو ثبوت الملك في الكل بمقابلة الكل ، وصار هذا كما إذا باع نصف عبد مشترك بينه وبين غيره ينصرف إلى نصيبه تصحيحا لتصرفه بخلاف ما عدا من المسائل .

أما مشكلة المراجعة فلأنه يصير تولية في الغالب بصرف الربح كله إلى الثوب ، والطريق في المسئلة الثانية غير متعين لأنه يمكن صرف الزيادة على الألف إلى المشتري ، وفي الثالثة أضيف البيع إلى المنكر وهو ليس بمحمل للبيع والمعين ضده ، وفي الأخيرة انعقد العقد صحيحا والفساد في حالة البقاء وكلامنا في الابتداء .

قال (ومن باع أحد عشر درهما بعشرة دراهم ودينار جاز البيع وتكون العشرة بمظنها والدينار بدرهم) لأن شرط البيع في الدرهم التماثل على ما روينا ، فالظاهر أنه أراد به ذلك ففي الدرهم بالدينار وهما جنسان ولا يعتبر التساوي فيما (ولو تباعا فضة بفضة أو ذهب بذهب وأحدهما أقل ومع أقلهما شيء آخر تبلغ قيمته باقي الفضة جاز البيع من غير كراهية، وإن لم تبلغ فع الكراهة، وإن لم يكن له قيمة كالتراب لا يجوز البيع) لتحقق الربا إذ الزيادة لا يقابلها عوض فيكون ربا .

قال (ومن كان له على آخر عشرة دراهم فباعه الذي عليه العشرة دينارا بعشرة دراهم ودفع الدينار وتقاصبا العشرة بالعشرة فهو جائز) ومعنى المسئلة إذا باع بعشرة مطلقة . وبوجهه أنه يجب بهذا العقد ثمن يجب عليه تعيينه بالقبض لما ذكرنا ، والدين ليس بهذه الصفة فلا تقع المقاصة بنفس المبيع لعدم المحابسة ، فإذا تقاصبا يتضمن ذلك فسغ الأول والإضافة إلى الدين إذ لولا ذلك يكون استبدالا ببدل الصرف ، وفي الإضافة إلى الدين تقع المقاصة بنفس العقد على ما بينه ، والفسخ قد ثبت بطريق الاقتضاء كما إذا تباعا بألف ثم بألف وخمسة : وزفر رحمه الله يخالفنا فيه لأنه لا يقول بالانقضاء وهذا إذا كان الدين سابقا ، فإن كان لاحقا فكذلك في أصح الروايتين لتضمنه انقضاء الأول والإضافة إلى دين قائم وقت تحويل العقد فكفى ذلك الجواز .

قال (ويجوز بيع درهم صحيح ودرهم غلة بدرهمين صحيحين ودرهم غلة) والظنة

ما يريده بيت المال ويأخذ التجار ، ووجهه تحقق المساواة في الوزن وما حرف من سقوط اعتبار الجردة .

قال (وإذا كان الغالب على الدراهم الفضة فهي فضة ، وإذا كان الغالب على النعناير الذهب فهي ذهب ، ويعتبر فيهما من تحريم التفاضل ما يعتبر في الجهاد حتى لا يجوز بيع الخالصة بها ولا بيع بعضها ببعض إلا متساويا في الوزن ، وكذا لا يجوز الاستقراض بها إلا وزنا) لأن النقود لا تخلو عن قليل غش عادة لأنها لا تنطبع إلا مع الغش وقد يكون الغش خلقيا كما في الرديء منه فيلحق القليل بالرداءة والجيد والرديء سواء (وإن كان الغالب عليها الغش فليس في حكم الدراهم والنعناير) اعتباراً للغالب ، فإن اشترى بها فضة خالصة فهو على الوجه الذي ذكرناها في حلية السيف (وإن بيعت بمنسأ متفاضلا جاز صرفا للجنس إلى خلاف الجنس) فهي في حكم شيئين فضة وصفر ولكنه صرف حتى يشترط القبض في المجلس لوجود الفضة من الجانبين فإذا شرط القبض في الفضة يشترط في الصفر لأنه لا يتميز عنه إلا بضرب .

قال رضى الله عنه : ومشائخنا رحمهم الله لم يفتوا بجواز ذلك في العدالي والخطارفة لأنها أئز الأموال في ديارنا ، فلو أبيع التفاضل فيه يفتح باب الربا ثم إن كانت تروج بالوزن فالبيع والاستقراض فيها بالوزن وإن كانت تروج بالعد فالعد وإن كانت تروج بهما فبكل واحد منهما لأن المعتبر هو المعتاد فيهما إذا لم يكن فيهما نص ثم ما دامت تروج تكون أئمانا لا تتعين بالتعين ، وإذا كانت لا تروج فهي سلعة تتعين بالتعين ، وإذا كانت يتقبلها البعض دون البعض فهي كالزيت لا يتعلق العقد بعينها بل بمنسأ زيوفا إن كان البائع يعلم بحالها للحق الرضا منه ومنسأ من الجياد إن كان لا يعلم لعدم الرضا منه (وإذا اشترى بها سلعة فكسدت وترك الناس المعاملة بها بطل البيع عند أبي حنيفة رحمه الله . وقال أبو يوسف رحمة الله عليه : قيمتها يوم البيع . وقال محمد رحمه الله : قيمتها آخر ما تعامل الناس بها) فما أن العقد قد صحح إلا أنه تعذر التسليم بالكساد وأنه لا يوجب الفساد كما إذا اشترى بالربط فانقطع أوانه ، وإذا بقي العقد وجبت القيمة لكن عند أبي يوسف رحمه الله وقت البيع لأنه مضمون به ، وعند محمد رحمه الله يوم الانقطاع لأنه أوان الانتقال إلى القيمة . ولا في حنيفة رحمه الله أن الثمن يهلك بالكساد لأن الثمنية بالاصطلاح وما في فيق يباع بلا ثمن فيبطل . وإذا بطل البيع يجب رد المبيع إن كان قائما وقيمه إن كان هالكا كما في البيع الفاسد .

قال (ويجوز البيع بالفلوس) لأنها مال معلوم ، فإن كانت نافقة جاز البيع بها وإن لم تضمن لأنها أمانة بالأصطلاح ، وإن كانت كاسدة لم يجز البيع بها حتى يعينها لأنها مبيع فلا بد من تعيينها (وإذا باع بالفلوس النافقة ثم كسدت بطل البيع عند أبي حنيفة رحمه الله خلافا لمالك) وهو نظير الاختلاف الذي بيناه (ولو استقرض فلوسا نافقة فكسدت عند أبي حنيفة رحمه الله يجب عليه مثلها) لأنه إعارة وموجبة رد العين معنى والتأمين فضل فيه إذ القرض لا يختص به وعندهما يجب قيمتها لأنه لما بطل وصف الثمنية تعلل ردها كما قبض فيجب رد قيمتها كما إذا استقرض مثليا فانقطع ، لكن عند أبي يوسف رحمه الله يوم القبض ، وعند محمد رحمه الله يوم الكساد على ما مر من قبل ، وأصل الاختلاف فيمن غصب مثليا فانقطع وقول محمد رحمه الله انظر للجانبين وقول أبي يوسف رحمه الله أبسر .

قال (ومن اشترى شيئا بنصف درهم فلوس جاز وعليه ما يباع بنصف درهم من الفلوس وكذا إذا قال بدائق فلوس أو بغيراط فلوس جاز) وقال زفر رحمه الله : لا يجوز في جميع ذلك لأنه اشترى بالفلوس وإنها تقلد بالعدد لا بالدائق ونصف الدرهم ، فلا بد من بيان عددها ونحن نقول ما يباع بالدائق ونصف الدرهم من الفلوس ، معلوم عند الناس والكلام فيه فأغنى عن بيان العدد ؛ ولو قال بدرهم فلوس أو بدرهمي فلوس فكذلك عند أبي يوسف رحمه الله لأن ما يباع بالدرهم من الفلوس معلوم وهو المراد لا وزن الدرهم من الفلوس . وعن محمد رحمه الله أنه لا يجوز بالدرهم ويجوز فيها دون الدرهم لأن في العادة المباينة بالفلوس فيها دون الدرهم فصار معلوما بحكم العادة ولا كذلك الدرهم ، قالوا وقول أبي يوسف رحمه الله أصح لا سيما في ديارتنا .

قال (ومن أعطى صيرفيا درهما وقال أعطني بنصفه فلوسا ونصفه نصفنا إلا حبة جاز البيع في الفلوس وبطل فيما بقي عندهما) لأن بيع نصف درهم بالفلوس جائز وبيع النصف بنصف إلا حبة ربا فلا يجوز (وعلى قياس قول أبي حنيفة رحمه الله بطل في الكل) لأن الصفقة متحلة والفساد قوي فيشيع وقد مر نظيره ؛ ولو كرر لفظ الإعطاء كان جوابه كجوابهما هو الصحيح لأنهما يبعان (ولو قال أعطني نصف درهم فلوسا ونصفا إلا حبة جاز) لأنه قابل الدرهم بما يباع من الفلوس بنصف درهم ونصف درهم إلا حبة فيكون نصف درهم إلا حبة بمثله وما وراءه بإزاء الفلوس . قال رضي الله عنه : وفي أكثر نسخ مختصر ذكر المسئلة الثانية ، والله تعالى أعلم بالصواب .

كتاب الكفالة

الكفالة هي الضم لغة . قال الله تعالى - وكفلها زكريا - ثم قيل هي ضم النعمة إلى الذمة في المطالبة وقيل في الدين والأول أصح :

قال (الكفالة ضربان كفالة بالنفس وكفالة بالمال ؛ فالكفالة بالنفس جائزة والمضمون بها إحضار المكفول به) وقال الشافعي رحمه الله : لا يجوز لأنه كفل بما لا يقدر على تسليمه إذ لا قدرة له على نفس المكفول به بخلاف الكفالة بالمال لأن له ولاية على مال نفسه . ولنا قوله عليه الصلاة والسلام والزعيم غارم ، وهذا يفيد مشروعية الكفالة بنوعها ولأنه يقدر على تسليمه بطريقه بأن يعلم الطالب مكانه فيدخل بينه وبينه أو يستعين بأعوان القاضي في ذلك وحسنة ماسة إليه وقد أمكن تحقيق معنى الكفالة وهو الضم في المطالبة فيه .

قال (وتعتقد إذا قال تكفلت بنفس فلان أو برقبته أو بروحه أو بجسده أو برأسه كذا ببدنه وبوجهه) لأن هذه الألفاظ يعبر بها عن البدن إما حقيقة أو عرفا على ما مر في الطلاق ، وكذا إذا قال بنصفه أو بثلثه أو بجزء منه لأن النفس الواحدة في حق الكفالة لا تنجز أذ كان ذكر بعضها شائعا كذكر كلها ، بخلاف ما إذا قال تكفلت بيد فلان أو برجله لأنه لا يعبر بهما عن البدن حتى لا تصبح إضافة الطلاق إليهما وفيها تقدم تصح (وكذا إذا قال ضمته) لأنه تصريح بموجبه (أو قال) هو (على) لأنه صيغة الالتزام (أو قال إلى) لأنه في معنى على في هذا المقام . قال عليه الصلاة والسلام : ومن ترك مالا فلورثته ، ومن ترك كلاً أو عيالا فولي ، (وكذا إذا قال أنا زعيم به أو قبيل به) لأن الرعامة هي الكفالة وقد روينا فيه ، والقبيل هو الكفيل ولهذا سمى الصك قبالة بخلاف ما إذا قال أنا ضامن لحرفته لأنه التزم المعرفة دون المطالبة .

قال (فإن شرط في الكفالة بالنفس تسليم المكفول به في وقت بعينه لزمه إحضاره إذا طالبه في ذلك الوقت) وفاء بما التزمه (فإن أحضره وإلا حبسه الحاكم) لامتناعه من إيفاء حتى مستحق عليه ، ولكن لا يجبره أول مرة لعله ما درى لماذا يدعى ، ولو غلب المكفول بنفسه أمهله الحاكم مدة ذهابه وعيجه ، فإن مضت ولم يحضره يجبره لتحقيق امتناعه عن إيفاء الحق .

قال (وكذا إذا ارتد والميأذ بالله ولحق بدار الحرب) وهذا لأنه عاجز في المدة فيعصر

كالذي أحضره ، ولو سلمه قبل ذلك برى لأن الأجل حقه فيملك إسقاطه كله في الدين المؤجل .

قال (وإذا أحضره وسلمه في مكان يقدر المكفول له أن يخاصمه فيه مثل أن يكون في مصر برى الكفيل من الكفالة) لأنه أتى بما التزمه وحصل المقصود به ، وهذا لأنه ما ألزم التسليم إلا مرة .

قال (وإذا كفل على أن يسلمه في مجلس القاضى سلمه في السوق برى) .
الحصول المقصود ، وقيل في زماننا لا يبرأ لأن الظاهر المعاونة على الامتناع لاهل الإحضار فكانه التثبيد مفيدا (وإن سلمه في برية لم يبرأ) لأنه لا يقدر على الخاصمة فيها فلم يحصل للمقصود وكذا إذا سلمه في سواد لعدم قاض يفعل الحكم فيه ، ولو سلم في مصر آخر غير المصر الذي كفل فيه برى عند أبي حنيفة رحمه الله القدرة على الخاصمة فيه ، وصدها لا يبرأ لأنه قد تكون شهوده فيها عينه ، ولو سلمه في السجن وقد حبسه غير الطالب لا يبرأ لأنه لا يقدر على الخاصمة فيه .

قال (وإذا مات المكفول به برى الكفيل بالنفس من الكفالة) لأنه حجز عن إحضاره ولأنه سقط الحضور عن الأصيل فيسقط الإحضار عن الكفيل ، وكذا إذا مات الكفيل لأنه لم يبق قادرا على تسليم المكفول بنفسه ، وماله لا يصلح لإيفاء هذا الواجب بخلاف الكفيل بالمال ، ولو مات المكفول له فلو وصى أن يطالب الكفيل ، فإن لم يكن فلوارثه لقيامه مقام الميت .

قال (ومن كفل بنفس آخر ولم يقل إذا دفعت إليك فأنا برى فدفعه إليه فهو برى) .
لأنه موجب التصرف فيثبت بدون التخصيص عليه ، ولا يشترط قبول الطالب التسليم كما في قضاء الدين ؛ ولو سلم المكفول به نفسه من كفالة صح لأنه مطالب بانخوصه فكان له ولاية الدفع ، وكذا إذا سلمه إليه وكيل الكفيل أو رسوله لقيامهما مقامه .

قال (فإن تكفل بنفسه على أنه إن لم يوف به إلى وقت كذا فهو ضامن لما عليه وهو ألف ثم يحضره إلى ذلك الوقت لزمه ضمان المال) لأن الكفالة بالمال معلقة بشرط عدم الموافقة وهذا التعليق صحيح فإذا وجد الشرط لزمه المال (ولا يبرأ عن الكفالة بالنفس) لأن وجوب المال عليه بالكفالة لا يتأق الكفالة بنفسه إذ كل واحد منهما للتوثق . وقال القائل رحمه الله : لا تصح هذه الكفالة لأنه تعليق سبب وجوب المال بالخطر فأشبه أبيع :

ولنا أنه يشبه البيع ويشبه النذر من حيث إنه التزام ، فقلنا لا يصح تعليقه بمطلق الشرط كهبوب الريح وسحبه ، ويصح بشرط متعارف معلما بالشيين والتعليق بعدم الموافاة متعارف . قال (ومن كفل بنفس رجل وقال إن لم يواف به غدا فعليه المال فإن مات المكفول عنه ضمن المال) لتحقق الشرط وهو عدم الموافاة .

قال (ومن ادعى على آخر مائة دينار بينها أول لم بينها حتى تكفل بنفسه رجل حل أنه إن لم يواف به غدا فعليه المائة فلم يواف به غدا فعليه المائة عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله . وقال محمد رحمه الله : إن لم بينها حتى تكفل به رجل ثم ادعى بعد ذلك لم يلتفت إلى دعواه) لأنه علق مالا مطلقا بخطر ، ألا يرى أنه لم ينسب إلى ما عليه ، ولا تصح الكفالة على هذا الوجه وإن بينها ولأنه لم تصح الدعوى من غير بيان . فلا يجب إحضار النفس ، وإذا لم يجب لا تصح الكفالة بالنفس فلا تصح بالمال لأنه بناء عليه بخلاف ما إذا بين . ولما أن المال ذكر معروفا فينصرف إلى ما عليه والعادة جرت بالإجمال في الدعاوى فتصح الدعوى على اعتبار البيان فإذا بين التحق البيان بأصل الدعوى فتبين صحة الكفالة الأولى فيترتب عليها الثانية .

قال (ولا تجوز الكفالة بالنفس في الحدود وانقصاص عند أبي حنيفة رحمه الله) معناه لا يجبر عليها عنده . وقالا : يجبر في حد القذف لأن حق العبد وفي القصاص ، لأنه خالص حق العبد فيليق بهما الاستيثاق كما في التعزير بخلاف الحدود الخالصة لله تعالى ، ولأبي حنيفة رحمه الله قوله عليه الصلاة والسلام « لا كفارة في حد » من غير فصل ولأن مبنى الكفر على الدرء فلا يجب فيها الاستيثاق بخلاف سائر الحقوق لأنها لا تنلرى بالشبهات فيليق بها الاستيثاق كما في التعزير . (وأو سمحت نفسه به يصح بالاجماع) لأنه أمكن ترتيب موجهه عليه ، لأن تسليم النفس فيها واجب فيطالب به التكفيل فيتحقق الغم .

قال (ولا يجس فيها حتى يشهد شاهدان مستوران أو شاهد عدل يعرفه القاضي) لأن الحبس للثمة وهنا والتهمة تثبت بأحد شرطى الشهادة : إما العدد ، أو العدالة ، بخلاف الحبس في باب الأموال لأنه أقصى عقوبة فيه فلا يثبت إلا بجمعة كاملة ، وذكر في كتاب أدب القاضي أن على قولها لا يجس في الحدود وانقصاص بشهادة الواحد لحصول الاستيثاق بالكفالة .

قال (والرهن والكفالة جائزان في الخراج) لأنه دين مطالب به يمكن الاستيفاء فيمكن ترتيب موجب العقد عليه فيها .

قال (ومن أخذ من رجل كفيلًا بنفسه ثم ذهب فأخذ منه كفيلًا آخر فهما كفيلان) لأن موجب البتة المطالبة وهي متعددة والمقصود التوثيق ، وبالثانية يزداد التوثيق فلا يتنافيان ﴿ ولما الكفالة بالمال فجائزة معلوماً كان المكفول به أو مجهولاً إذا كان ديناً صحيحاً مثل أن يقول تكفلت عنه بألف أو بما لك عنه أو بما يدركك في هذا البيع ﴾ لأن معنى الكفالة حل التوسع فيتحمل فيها الجهاة ، وعلى الكفالة بالدرك إجماع ، وكفى به حجة ، وصار كما إذا كفّل بشجة صحت الكفالة وإن احتملت السراية والاقتصار . وشرط أن يكون ديناً صحيحاً ومراده أن لا يكون بدل الكتابة ، وسيأتيك في موضعه إن شاء الله تعالى .

قال (والمكفول له بالخيار إن شاء طالب النسي عليه الأصل وإن شاء طالب كفيله) لأن الكفالة ضم النعمة إلى النعمة في المطالبة ، وذلك يقتضى قيام الأول بالبراءة عنه إلا إذا شرط فيه البراءة فحينئذ تنعقد حوالة اعتباراً للمعنى سماً أن الحوالة بشرط أن لا يبرأ بها المكيل تكون كفالة (ولو طالب أحدهما له أن يطالب الآخر وله أن يطالبهما) لأن مقتضاه الضم ، بخلاف المالك إذا اختار تضمين أحد الغاصبين لأن اختياره أحدهما يتضمن التملك منه فلا يمكنه التملك من الثاني ، أما المطالبة بالكفالة فلا تضمن التملك هو ضريح الفرق .

قال (وبيجوز تعليق الكفالة بالشروط) مثل أن يقول : ما بايعت فلاناً فعلى أو ما ذاب لك عليه فعلى أو ما غصبك فعلى ، والأصل فيه قوله تعالى - ولمن جاء به حمل بعير وأنا به زعيم - والإجماع منعقد على صحة ضمان الدرك ، ثم الأصل أنه يصح تعليقها بشرط ملائم لها مثل أن يكون شرطاً لوجوب الحق كقوله : إذا استحق المبيع أو لإمكان الاستيفاء مثل قوله . إذا قدم زيد وهو مكفول عنه أو لتعذر الاستيفاء مثل قوله : إذا غاب عن البلدة وما ذكر من الشروط في معنى ما ذكرناه ، فأما ما لا يصح التعليق بمجرد الشرط كقوله إن هبت الريح أو جاء المطر ، وكذا إذا جعل واحداً منهما أجلاً إلا أنه يصح الكفالة ، ويجب المال حالا لأن الكفالة لما صح تعليقها بالشرط لا تبطل بالشروط الفاسدة كالطلاق والعتاق (فإن قال تكفلت بما لك عليه فقامت البينة بألف عليه ضمنه الكفيل) لأن الثابت بالبينة كالتأليف معاينة فيتحقق ما عليه فيصح الضمان به (وإن لم يتم البينة فالقول قول الكفيل

مع يمينه في مقدار ما يعترف به) لأنه منكر للزيادة (فإن اعترف المكفول به بأكثر من ذلك لم يصدق على كفيله) لأنه إقرار على الغير ولا ولاية له عليه (ويعتدق في حق نفسه) لولايته عليها .

قال (ويجوز الكفالة بأمر المكفول عنه وبغير أمره) لإطلاق ما روينا ولأنه التزام المطالبة وهو تصرف في حق نفسه وفيه نفع للطالب ، ولا ضرر فيه على المطلوب بثبوت الرجوع إذ هو عند أمره وقد رضى به (فإن كفّل بأمره رجع بما أدى عليه) لأنه قضى دينه بأمره (وإن كفّل بغير أمره لم يرجع بما يؤديه) لأنه متبرع بأدائه ، وقوله : رجع بما أدى معناه إذا أدى ما ضمنه ، أما إذا أدى خلاله رجع بما ضمن لأنه ملك الدين بالأداء فزل منزلة الطالب كما إذا ملكه بالهبة أو بالإرث ، وكذا إذا ملكه المحتال عليه بما ذكرنا في الحوالة ، بخلاف الأمور بقضاء الدين حيث يرجع بما أدى لأنه لم يجب عليه شيء حتى يملك الدين بالأداء ، وبخلاف ما إذا صالح الكفيل الطالب عن الألف على خمسةائة لأنه إسقاط فصار كما إذا أبرأ الكفيل .

قال (وليس للكفيل أن يطالب المكفول عنه بالمال قبل أن يؤدي عنه) لأنه لا يملكه قبل الأداء بخلاف الوكيل بالشراء حيث يرجع قبل الأداء لأنه انعقد بينهما مبادلة حكيمة . قال (فإن لوزم بالمال كان له أن يلزم المكفول عنه حتى يخلصه) وكذا إذا حبس كان له أن يجبره لأنه لحقه مالهقة من جهته فيعامله بمثلها (وإذا أبرأ الطالب المكفول عنه أو استوفى منه برئ الكفيل) لأن براءة الأصل توجب إبراء الكفيل لأن الدين عليه في الصحيح (وبأبرأ الكفيل لم يبرأ الأصل عنه) لأنه تبع ولأن عليه المطالبة وبقاء الدين على الأصل بدونه جائز (وكذا إذا أخر الطالب عن الأصيل فهو تأخير عن الكفيل ، ولو أخر عن الكفيل لم يكن تأخيرا عن الذي عليه الأصل) لأن التأخير إبراء مؤقت فيعتبر بالإبراء المؤبد ، بخلاف ما إذا كفّل بالمال الحال مؤجلا إلى شهر فإنه يتأجل عن الأصيل لأنه لاحق له إلا الدين حال وجود الكفالة فصار الأجل داخلا فيه أما ههنا فيخلافه .

قال (فإن صالح الكفيل رب المال عن الألف على خمسةائة فقد برئ الكفيل والذي عليه الأصل) لأنه أضاف الصلح إلى الألف الدين ، وهي على الأصيل فبرئ عن خمسةائة لأنه إسقاط وبرائه توجب براءة الكفيل ثم برئا جميعا عن خمسةائة بأداء الكفيل ، ويرجع الكفيل على الأصيل بخمسةائة إن كانت الكفالة ، بأمره بخلاف ما إذا صالح على جنس

تحرر لأنهم مدونة حكية فلكه فيرجع بجميع الألف ، ولو كان صالحه عما استوجب بالكفالة لا يبرأ الأصيل لأن هذا إبراء الكفيل عن المطالبة .

قال (ومن قال لكفيل ضمن له مالا قد برئت إلى من المال رجع الكفيل على المكفول عنه) معناه بما ضمن له بأمره ، لأن البراءة التي ابتدؤها من المطلوب وانتهأها إلى الطالب لا تكون إلا بالإيفاء فيكون هذا إقرارا بالأداء فيرجع (وإن قال أبرأتك لم يرجع الكفيل على المكفول عنه) لأنه براءة لانتهى إلى غيره وذلك بالإسقاط فلم يكن إقرارا بالإيفاء ، ولو قال : برئت قال محمد رحمه الله : هو مثل الثاني لأنه يحتمل البراءة بالأداء إليه والإبراء فيثبت الأدنى إذ لا يرجع الكفيل بالشك . وقال أبو يوسف رحمه الله : هو مثل الأول لأنه أقر ببراءة ابتدؤها من المطلوب وإليه الإيفاء دون الإبراء ، وقيل في جميع ما ذكرنا إذا كان الطالب حاضرا يرجع في البيان إليه لأنه هو المجمل .

قال (ولا يجوز تطبيق البراءة من الكفالة بالشرط) لما فيه من معنى التملك كافي سائر البراءات ، وروى أنه يصح لأن عليه المطالبة دون الدين في الصحيح فكان إسقاطا محضاً كالأطلاق ، ولهذا لا يرتد الإبراء عن الكفيل بالرد بخلاف إبراء الأصيل .

قال (وكل حق لا يمكن استيفاؤه من الكفيل لا تصح الكفالة به كالحقوق والقصاص) معناه بنفس الحد لا بنفس من عليه الحد لأنه يتعذر إيجابه عليه ، وهذا لأن العقوبة لا تجري فيها النيابة .

قال (وإذا تكفل عن المشفري بالثمن جاز) لأنه دين كسائر الديون (وإن تكفل عن البائع بالمبيع لم تصح) لأنه عين مضمون بغيره وهو الثمن والكفالة بالأعيان المضمونة وإن كانت تصح عندنا خلافاً للشافعي رحمه الله ، لكن بالأعيان المضمونة بنفسها كالمبيع بيما فاسداً ، والمقبوض على سوم الشراء والمفصوب لا بما كان مضموناً بغيره كالمبيع والمرهون ولا بما كان أمانة كالوديعة والمستعار والمستأجر ومال المضاربة والشركة ، ولو كفل بتسليم المبيع قبل القبض أو بتسليم الرهن بعد القبض إلى الراهن أو بتسليم المستأجر للمستأجر جاز لأنه التزم فعلاً واجباً .

قال (ومن استأجر دابة للحمل عليها ، فإن كانت بعينها لا تصح الكفالة بالحمل) لأنه عاجز عنه (وإن كانت بغير عينها جازت الكفالة) لأنه يمكنه الحمل على دابة نفسه والحمل هو المستحق (وكذا من استأجر عبداً للخدمة فكفل له رجل بخدمته فهو باطل) لما بينا .

قال (ولا تصح الكفالة إلا بقبول المكفول له في المجلس) وهذا عند أبي حنيفة ومحمد ورحمهما الله . وقال أبو يوسف آخره : يجوز إذا بلغه فأجاز ولم يشترط في بعض النسخ الإجازة واختلاف في الكفالة بالنفس والمال جميعا . له أنه تصرف التزام فيستبد به الملتزم وهذا وجه هذه الرواية عنه . ووجه التوقف ما ذكرناه في الفصول في النكاح : ولما أن فيه معنى التملك وهو تملك المطالبة منه فيقوم بهما جميعا ، والموجود شرطه فلا يقف على ما وراء المجلس (إلا في مسألة واحدة ، وهي أن يقول المريض لوارثه : تكفل حتى بما على من الدين ، فكفل به مع غيبة الغرماء جاز) لأن ذلك وصية في الحقيقة ، ولهذا تصح وإن لم يسم المكفول لهم ، ولهذا قالوا إنما تصح إذا كان له مال أو يقال إنه قائم مقام الطالب لحاجته إليه تفريفا لدمه وفيه نفع الطالب فصار كما إذا حضر بنفسه ، وإنما يصح بهذا اللفظ ولا يشترط القبول لأنه يراد به التحقيق دون المساومة ظاهرا في هذه الحالة فصار كالأمر بالنكاح ، ولو قال المريض ذلك لأجنبي اختلف المشايخ فيه .

قال (وإذاءات الرجل وعليه ديون ولم يترك شيئا فتكفل عنه رجل للغرماء لم تصح عند أبي حنيفة رحمه الله ، وقالوا : تصح) لأنه كفل بدين ثابت لأنه وجب الحق الطالب ولم يوجد المسقط ولهذا يبقى في حق أحكام الآخرة ، ولو تبرع به إنسان يصح وكلما يبقى إذا كان به كفيل أو مال وله أنه كفل بدين ساقط لأن الدين هو الفعل حقيقة ولهذا يوصف بالوجوب لكنه في الحكم مال لأنه يتول إليه في المال وقد عجز بنفسه وبخلفه فثبت عاقبة الاستيفاء فيسقط ضرورة ، والتبرع لا يعتمد قيام الدين وإذا كان به كفيل أو له مال فخلفه أو الإفضاء إلى الأداء باقي .

قال (ومن كفل عن رجل بألف عليه بأمره فقضاه الألف قبل أن يعطيه صاحب المال غلبت له أن يرجع فيها) لأنه تعلق به حق القابض على احتمال قضائه الدين ، فلا يجوز المطالبة ما بقي هذا الاحتمال كن عجل زكاته ودفعها إلى الساعي ولأنه ملكه بالقبض على ما ذكر ، بخلاف ما إذا كان الدفع على وجه الرسالة لأنه تمحض أمانة في يده (وإن رجع الكفيل فيه فهو له لا يتصدق به) لأنه ملكه حين قبضه أما إذا قضى الدين فظاهر وكلما إذا قضى المطلوب بنفسه ، وثبت له حق الاسترداد لأنه وجب له على المكفول عنه مثل ما وجب للطالب عليه إلا أنه أخرت المطالبة إلى وقت الأداء فنزل منزلة الدين للوجل ، ولهذا لو أبرأ الكفيل المطلوب قبل أدائه أصبح فكلا إذا قبضه ملكه إلا أنه فيه نوع

نعت نبيته فلا يعمل مع الملك فيما لا يتعين وقد قررناه في البوع (ولو كانت الكفالة بكر حصة فقبضها الكفيل فباعها وربح فيها فالربح له في الحكم) لما بينا أنه ملكه .

قال (وأحب إلى أن يرد على الذي قضاه الكفر ولا يجب عليه في الحكم) وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله في رواية الجامع الصغير . وقال أبو يوسف ومحمد ورحمهما الله : هو له ولا يرد على الذي قضاه وهو رواية عنه ، وعنه أنه يتصدق به . لما أنه ربح في ملكه على الوجه الذي بيناه فيسلم له . وله أنه تمكن انلث مع الملك إما لأنه بسبيل من الاسترداد بأن يقضيه بنفسه أو لأنه رضى به على اعتبار قضاء الكفيل فإذا قضاه بنفسه لم يكن راضيا به ، وهذا انلث يعمل فيما يتعين فيكون صيله التصديق في رواية ويرده عليه في رواية لأن انلث لحقه وهذا أصح لكنه استجاب لاجبر لأن الحق له .

قال (ومن كفّل عن رجل بألف عليه بأمره فأمره الأصيل أن يتعين عليه حررا ففعل فالشراء للكفيل والربح الذي ربحه البائع فهو عليه) ومثله الأمر ببيع العينة مثل : أن يستقرض من تاجر عشرة فيتأني عليه ويبيع منه ثوبا يساوي عشرة بخمسة عشر مثلاً رغبة في نيل الزيادة ليبيعه المستقرض بعشرة ويتحمل عليه خمسة ، متى به لما فيه من الإعراض عن الدين إلى العين . وهو مكروه لما فيه من الإعراض عن مبرة الإعراض مطاوعة للمعوم البخل ، لم قيل هذا ضمان لما يتيسر المشتري نظراً إلى قوله على وهو فاسد وليس بتوكيل ، وقيل هو توكيل فاسد لأن الحرر غير معين وكذا الثمن غير معلوم لجهالة ما زاد على الدين وكيفاً كان فالشراء للمشتري وهو الكفيل والربح أى الزيادة عليه لأنه العاقد .

قال (ومن كفّل عن رجل بما ذاب له عليه أو بما قضى له عليه فغاب المكفول عنه ، فأقلم المدعى اليقنة على الكفيل بأن له على المكفول عنه ألف درهم لم تقبل بيته) لأن المكفول به مال مقضى به ، وهذا في لفظة القضاء ظاهر وكذا في الأخرى لأن معنى ذاب تقرر وهو بالقضاء أو مال يقضى به وهذا ماض أريد به المستأنف كقوله : أطال الله بقاءك ، والدعوى مطلق عن ذلك فلا تصح (ومن أقام اليقنة أن له على فلان كذا وأن هذا كفيل عنه بأمره فإنه يقضى به على الكفيل وعلى المكفول عنه ، وإن كانت الكفالة بغير أمره يقضى على الكفيل خاصة) وإنما تقبل لأن المكفول به مال مطلق بخلاف ما تقدم ، وإنما يختلف بالأمر وعلمه لأنها يتغايران لأن الكفالة بأمر تبرع ابتداء ومعاوضة انتهاء وبغير أمر تبرع ابتداء وانتهاء فبدعوا أحدهما لا يقضى له بالآخر ، وإذا قضى بها بالأمر ثبت أمره وهو

يتضمن الإقرار بالمال فيصير مقضيا عليه والكفالة بغير أمره لا تفسد جانيه ، لأنه نعتد
محنتها قيام الدين في زعم الكفيل فلا يتعدى إليه ، وفي الكفالة بأمره يرجع الكفيل بما
أدى على الأمر ، وقال زفر : لا يرجع لأنه لما أنكر فقد ظلم في زعمه فلا يظلم غيره ونحو
نقول صار مكذبا شرعا فيظل ما زعمه .

قال (ومن باع دارا وكفل رجلا عنه بالبرك فهو تسليم) لأن الكفالة لو كانت
مشروطة في البيع فبأنه يقبله ، ثم بالدعوى يسعى في نقض ما تم من جهته ، وإن لم تسكن
مشروطة فيه فالمراد بها أحكام البيع ورغيب المشتري فيه إذ لا يرغب فيه دون الكفالة
فنزله منزلة الإقرار بملك البائع .

قال (ولو شهد وختم ولم يكفل لم يكن تسليما وهو على دعواه) لأن الشهادة لا تكون
مشروطة في البيع ولا هي بإقرار بالملك لأن البيع مرة يوجد من المالك وتارة من غيره ،
ولعله كتب الشهادة ليحفظ الحادثة بخلاف ما تقدم ، قالوا إذا كتب في الصك باع وهو يملكه
أو يبيع بائنا نافذا وهو كتب شهد بذلك فهو تسليم إلا إذا كتب الشهادة على إقرار
المتعاقدين .

فصل في الضمان

قال (من باع لرجل ثوبا وضمن له الثمن أو مضارب ضمن ثمن متاع رب المال فالضمان
باطل) لأن الكفالة التزام المطالبة وهي إليهما فيصير كل واحد منهما ضامنا لنفسه ، ولأنه
المال أمانة في أيديهما والضمان تغيير لحكم الشرع فيرد عليه كل شراطه على المودع والمستعير
(وكذا رجلان باعا عبدا صفقة واحدة وضمن أحدهما لصاحبه حصته من الثمن) لأنه
لو صح الضمان مع الشركة يصير ضامنا لنفسه ، ولو صح في نصيب صاحبه خاصة يؤدي
إلى قسمة الدين قبل قبضه ولا يجوز ذلك ، بخلاف ما إذا باعا بصفقتين لأنه لا شركة ، ألا
تري أن للمشتري أن يقبل نصيب أحدهما ويقبض إذا نقد ثمن حصته وإن قبل الكل .

قال (ومن ضمن عن آخر خراجة ونوائبه وقسمته فهو جائز) أما الخراج فقد ذكرناه
وهو يخالف الزكاة لأنها مجرد فعل ، ولهذا لا تؤدي بعد موته من تركه إلا بوصية ، ولما
النوائب فإن أريد بها ما يكون بحق ككرى النهر المشترك ، وأجر الحارس والموظف لتجهيز
الجيش وفداء الأسارى وغيرها جازت الكفالة بها على الاتفاق وإن أريد بها ما ليس بحقه

كالجبايات في زماننا ففيه اختلاف المشايخ رحمهم الله ، ومن يميل إلى الصحة الإمام على
اليزدوى ، وأما القسمة فقد قيل هي التواب بعينها أو حصة منها والرواية بأو ، وقيل
الثانية الموظفة الراتب ، والمراد بالتواب ما يتوبه غير راتب ، والحكم ما بيناه (ومن قال
لآخر لك على مائة إلى شهر وقال المقر له هي حالة فالقول قول المدعى ، ومن قال
ضمنت لك عن فلان مائة إلى شهر وقال المقر له هي حالة فالقول قول الضامن) ووجه
الفرق أن المقر أقر بالدين ثم ادعى حقا لنفسه وهو تأخير المطالبة إلى أجل ، وفي الكفالة
ما أقر بالدين لأنه لادين عليه في الصحيح وإنما أقر بمجرد المطالبة بعد الشهر ، ولأن الأجل
في الديون عارض حتى لا يثبت إلا بشرط فكان القول قول من أنكر الشرط كما في الخيار ،
أما الأجل في الكفالة فنوع منها حتى يثبت من غير شرط بأن كان موجلا على الأصيل ،
والشافعي رحمه الله الحق الثاني بالأول وأبو يوسف رحمه الله فيها يروي عنه الحق الأول
بالتالي والفرق قد أوضحناه .

قال (ومن اشترى تجارية فكفل له رجل بالدرك فاستحقت لم يأخذ الكفيل ،
حتى يقضى له بالثمن على البائع) لأن مجرد الاستحقاق لا ينتقض البيع على ظاهر الرواية
حالم يقضى له بالثمن على البائع فلم يجب له على الأصيل رد الثمن فلا يجب على الكفيل ،
بخلاف القضاء بالحرة لأن البيع يبطل بها لعدم المحلة فيرجع على البائع والكفيل . وعن
أبي يوسف رحمه الله أنه يبطل البيع بالاستحقاق ، فعلى قياس قوله يرجع بمجرد الاستحقاق ،
وموضعه أوائل الزيادات في ترتيب الأصل (ومن اشترى عبدا فضمن له رجل بالعهد
فألفه باطل) لأن هذه اللفظة مشبهة قد تقع على الصك القديم وهو ملك البائع فلا
يصح ضمانه ، وقد تقع على العقد وعلى حقوقه وعلى الدرك وعلى الخيار ولكل ذلك وجه
خصل العمل بها ، بخلاف الدرك لأنه استعمل في ضمان الاستحقاق عرفا ، ولو ضمن الخلاص
لا يصح عند أبي حنيفة رحمه الله لأنه عبارة عن تخلص المبيع وتسليمه للعامة ، وهو غير
قادر عليه ، وعندهما هو بمنزلة الدرك وهو تسليم المبيع أو قيمته فصح .

باب كفالة الرجلين

(وإذا كان الدين على اثنين وكل واحد منهما كفيلا عن صاحبه كما إذا اشترى عبدا بألف درهم وكفل كل واحد منهما عن صاحبه فما أدى أحدهما لم يرجع على شريكه حتى يزيد ما يؤديه على النصف فيرجع بالزيادة) لأن كل واحد منهما في النصف أصيل وفي النصف الآخر كفيل ، ولا معارضة بين ما عليه بحق الأصالة وبحق الكفالة لأن الأول دين والثاني مطالبة ، ثم هو تابع للأول فيقع عن الأول ، وفي الزيادة لا معارضة فيقع عن الكفالة ، ولأنه لو وقع في النصف عن صاحبه فيرجع عليه فلصاحبه أن يرجع لأن أداءه نائبه كأدائه فيؤدي إلى الدور (وإذا كفل رجلان عن رجل بمال على أن كل واحد منهما كفيلا عن صاحبه فكل شيء أداء أحدهما يرجع على شريكه بنصفه قليلا كان أو كثيرا) ومعنى المسئلة في الصحيح : أن تكون الكفالة بالكل من الأصيل وبالكل عن الشريك ، والمطالبة متعددة فتجتمع السكالاتان على ما مر ، وموجبها التزام المطالبة فنصح الكفالة عن السكيل كما تنصح الكفالة عن الأصيل وكما تصح الحوالة من المختال عليه ، وإذا عرف هذا فما أداء أحدهما وقع شائعا عنهما إذ الكل كفالة ، فلا ترجيع للبعض على البعض بخلاف ما تقدم فيرجع على شريكه بنصفه ، ولا يؤدي إلى الدور لأن قضيته الاستواء ، وقد حصل برجوع أحدهما بنصف ما أدى فلا ينقض برجوع الآخر عليه بخلاف ما تقدم ثم يرجعان على الأصيل لأنهما أديا عنه أحدهما بنفسه والآخر بنائبه (وإن شاء رجع بالجميع على المكفول عنه) لأنه كفل بجميع المال عنه بأمره .

قال (وإذا أبرأ رب المال أحدهما أخذ الآخر بالجميع) لأن إبراء السكيل لا يوجب برأة الأصيل فيبقى المال كله على الأصيل والآخر كفيلا عنه ب كله على ما بيناه ، ولهذا يأخذ به .

قال (وإذا ائتمرت المتفاوضان فلاصحاب الديون أن يأخذوا أيهما شاءوا بجميع الدين) لأن كل واحد منهما كفيلا عن صاحبه على ما عرف في الشركة (ولا يرجع أحدهما على صاحبه حتى يؤدي أكثر من النصف) لما مر من الوجهين في كفالة الرجلين :

قال (وإذا كوتب العبدان كتابة واحدة وكل واحد منهما كفيلا عن صاحبه فكل شيء أداء أحدهما رجع على صاحبه بنصفه) ووجهه أن هذا العقد جائز استحسانا

وطريقه أن يجعل كل واحد منهما أصيلا في حق وجوب الألف عليه ، فيكون عتقهما مطلقا بأدائه ويجعل كفيلا بالألف في حق صاحبه ، وسنذكره في المسكاتب إن شاء الله تعالى ، وإذا عرف ذلك فما أداه أحدهما رجع بنصفه على صاحبه لاستوائهما ، ولو رجع بالكل لا تتحقق المساواة ،

قال (ولو لم يؤدي شيئا حتى أعتق المولى أحدهما جاز العتق) لمصادفته ملكه وبرى من النصف لأنه ماضى بالتزام المال إلا ليكون المال وسيلة إلى العتق ، وما بقي وسيلة فيسقط ويبقى النصف على الآخر ، لأن المال في الحقيقة مقابل بقربتهما ، وإنما جعل على كل واحد منهما احتيالا لتصحيح الضمان ، وإذا جاء العتق استغنى عنه ، فاعتبر مقابلا بقربتهما فلماذا يتنصف ، وللمولى أن يأخذ بحصة الذي لم يعتق أيهما شاء المعتق بالكفالة وصاحبه بالأصالة ، فإن أخذ الذي أعتق رجع على صاحبه بما يؤدي لأنه مؤد عنه بأمره ، وإن أخذ الآخر لم يرجع على المعتق بشيء لأنه أدى عن نفسه ، وانه أعلم .

باب كفالة العبد وعنه

(ومن ضمن من عبد مالا لا يجب عليه حتى يعتق ولم يسم حالا ولا غيره فهو حال) لأن المال حال عليه لوجود السبب وقبول اللزمة إلا أنه لا يطالب به لعسرته ، إذ جميع ما في يده ملك المولى ولم يرض بتعلقه به في الحال ، والكفيل غير معسر فصار كما إذا كفّل عن غائب أو مفلس بخلاف الدين المؤجل لأنه متأخر بمؤخر ، ثم إذا أدى رجع على العبد بعد العتق لأن الطالب لا يرجع عليه إلا بعد العتق فكذا الكفيل لقيامه مقامه (ومن ادعى على عبد مالا وكفّل له رجل بنفسه فأتى العبد برى الكفيل) لبراءة الأصيل ، كما إذا كان المكفول عنه بنفسه حرا ،

قال (فإن ادعى رقة العبد فكفّل به رجل فأتى العبد فأقام المدعى البينة أنه كان له ضمن الكفيل قيمة) لأن على المولى ردما على وجه يخلّفها قيمتها ، وقد ألزم الكفيل ذلك وبعد الموت تبقى القيمة واجبة على الأصيل فكذا على الكفيل بخلاف الأول .

قال (وإذا كفّل العبد عن مولاه بأمره فعنق فأداه أو كان المولى كفّل عنه فأداه بعد العتق لم يرجع واحد منهما على صاحبه) وقال زفر رحمه الله : يرجع ، ومعنى الوجه الأول أن لا يكون على العبد هين حتى تصبح كفالته بالمال عن المولى إذا كان بأمره ، أما كفالته

من العبد فتصيح على كل حال . له أنه تحقق الموجب الرجوع وهو الكفالة بأمره
والمانع وهو الرق قد زالت ~~بكونها~~ أنها وقعت غير موجبة للرجوع لأن المولى لا يستوجب على
عبد دينا وكذا العبد على مولاه فلا تنقلب موجبة أبدا كمن كفل عن غيره بغير أمره فأجوزه
(ولا تجوز الكفالة بمال الكتابة حر تكفل به أو عبد) لأنه دين ثبت مع المتأني فلا يظهر
في حق صحة الكفالة ولأنه لو عجز نفسه سقط ، ولا يمكن إثباته على هذا الوجه في فحة
الكفيل ، وإثباته مطلقا يناق معنى الضم لأن من شرطه الاتحاد . وبذلك السعاية كمال
الكتابة في قول أبي حنيفة رحمة الله عليه لأنه كالمكاتب عنده .

كتاب الحوالة

قال (وهي جائزة بالدين) قال عليه الصلاة والسلام : من أحميل على ملء فليتبّع ،
ولأنه ألزم ما يقدر على تسليمه فتصيح كالكفالة ، وإنما انحصت بالدين لأنها تنبئ على
النقل والتحويل ، والتحويل في الدين لا في العين .

قال (وتصح الحوالة برضا المحيل والمحال والمحال عليه) أما المحتال فلأن الدين حقه
وهو الذي ينتقل بها ، والذمم متفاوتة فلا بد من رضاه ، وأما المحتال عليه فلأنه يلزمه الدين
ولا لزوم بدون التزامه ، وأما المحيل فالمحوالة تصح بدون رضاه ذكره في الزبادات لأن
التزام الدين من المحال عليه تصرف في حق نفسه وهو لا يقصر به بل فيه نفعه لأنه لا يرجع
عليه إذا لم يكن بأمره .

قال (وإذا تمت الحوالة برئ المحيل من الدين بالقبول) وقال زفر رحمة الله عليه :
لا يبرأ اعتبارا بالكفالة ، إذ كل واحد منهما عقد توثق . ولنا أن الحوالة النقل لغة ،
ومنه حوالة الغراس والدين متى انتقل عن الدمة لا يبقى فيها ، أما الكفالة فللضم والأحكام
الشرعية على وفاق المعاني اللغوية والتوثق باختيار الإملة والأحسن في القضاء ، وإنما
يجبر على القبول إذا نقد المحيل لأنه يمثل عود المطالبة إليه بالتوى فلم يكن متبرها .

قال (ولا يرجع المحتال على المحيل إلا أن يتوى حقه) وقال الشافعي رحمة الله عليه :
لا يرجع وإن توى لأن البراءة قد حصلت مطلقا فلا تعود إلا بسبب جديد . ولنا أنها مقيدة
بسلامة حقه له إذ هو المقصود ، أو تنسخ الحوالة لقواته لأنه قابل للفسخ نصار كوصف
السلامة في المبح .

قال (والثوى عند أبى حنيفة رحمه الله أحد الأمرين : إما أن يجمد الحوالة ويحلف ولا بينة له عليه أو يموت مفلسا) لأن المعجز عن الوصول يتحقق بكل واحد منهما ، وهو الثوى فى الحقيقة (وقال هذان الوجهان ووجه ثالث ، وهو أن يحكم الحاكم بإفلاسه حال حياته) وهذا بناء على أن الإفلاس لا يتحقق بحكم القاضى عنده خلافا لما لأن مال الله طهه ورائع .

قال (وإذا طالب المحتال عليه المحيل بمثل مال الحوالة فقال المحيل أحلت بدینى عليك لم يقبل قوله إلا بحجة وكان عليه مثل الدين) لأن سبب الرجوع قد تحقق وهو قضاء دينه بأمره إلا أن المحيل يدعى عليه ديناً وهو ينكر والقول للمنكر ، ولا تكون الحوالة إقراراً منه بالدين عليه لأنها قد تكون بغيره .

قال (وإذا طالب المحيل المحتال بما أحاله به فقال إنما أحلتك لتقبضه لى ، وقال المحتال لا بل أحلتنى بدینى كان لى عليك فالقول قول المحيل) لأن المحتال يدعى عليه الدين وهو ينكر ولفظة الحوالة مستعملة فى الوكالة فيكون القول قوله مع يمينه .

قال (ومن أودع رجلاً ألف درهم وأحال بها عليه آخر فهو جائز لأنه أقدر على التقضاء ، فإن هلكت برى) لتقيدها بها فإنه ما التزم الأداء إلا منها ، بخلاف ما إذا كانت مقيدة بالمقصود لأن القوات إلى خلف كلا قوات ؛ وقد تكون الحوالة مقيدة بالدين أيضاً ، وحكم المقيدة فى هذه الجملة أن لا يملك المحيل مطالبة المحتال عليه لأنه تعلق به حق المحال على مثال الرهن وإن كان أسوة للفرماء بعد موت المحيل ، وهذا لأنه لو بقيت له مطالبة به فيأخذ منه لبطلت الحوالة وهى حق المحتال بخلاف المطلقة لأنه لا تعلق لحقه به بل بتمتع فلا تبطل الحوالة بأخذ ما عليه أو ما عنده .

قال (ويكره السفانج ، وهى قرض استفاد به المقرض سقوط خطر الطريق) وهذا نوع نفع استفاد به وقد نهى الرسول عليه الصلاة والسلام عن قرض جرّ نفعاً .

كتاب أدب القاضى

قال (ولا تصعب ولاية القاضى حتى يجتمع فى المولى شرائط الشهادة ويكون من أهل الاجتهاد) أما الأول فلأن حكم القضاء يستلزم من حكم الشهادة لأن كل واحد منهما من باب الولاية ، فكل من كان أهلا للشهادة يكون أهلا للقضاء وما يشترط لأهلية الشهادة يشترط لأهلية القضاء ، والفاسق أهل للقضاء حتى لو قلد يصح إلا أنه لا ينبغي أن يقلد كما فى حق الشهادة ، فإنه لا ينبغي أن يقبل القاضى شهادته ولو قبل جاز عندنا ، ولو كان القاضى عدلا ففسق بأخذ الرشوة أو غيره لا ينزل ويستحق العزل ، وهذا هو ظاهر الملعب وعليه مشايخنا رحمهم الله . وقال الشافعى : الفاسق لا يجوز قضاؤه كما لا يقبل شهادته عنده ، وعن علمائنا الثلاثة رحمهم الله فى النوادر أنه لا يجوز قضاؤه . وقال بعض المشايخ رحمهم الله : إذا قلد الفاسق ابتداء يصح ، ولو قلد وهو عدل ينزل بالفسق ، لأن المقلد اعتمد عدلته فلم يكن راضيا بتقليده دونها وهل يصالح الفاسق مفتيا ؟ قيل لا لأنه من أمور الدين وغيره غير مقبول فى الديانات ، وقيل يصالح لأنه يجتهد كل الجهد فى إصابة الحق حذرا من التهمة إلى الخطأ ، وأما الثانى فالصحيح أن أهلية الاجتهاد شرط الأولوية ، فأما تقليد الجاهل فصحيح عندنا خلافا للشافعى رحمه الله . هو يقول : إن الأمر بالقضاء يستلزم القدرة عليه ولا قدرة دون العلم . ولنا أنه يمكنه أن يقضى بغيره وغيره ومقصود القضاء يحصل به وهو إيصال الحق إلى مستحقه ، وينبغي للمقلد أن يختار من هو الأقدر والأولى لقوله عليه الصلاة والسلام « من قلد إنسانا عملا وفى رعيته من هو أولى منه فقد خان الله ورسوله وجماعة المسلمين » وفى حد الاجتهاد كلام حريف فى أصول الفقه .

وحاصله أن يكون صاحب حديث له معرفة بالفقه ليعرف معانى الآثار أو صاحب فقه له معرفة بالحديث لتلاشتغل بالقياس فى المنصوص عليه ، وقيل أن يكون مع ذلك صاحب قريحة يعرف بها عادات الناس لأن من الأحكام ما يبنى عليها .

قال (ولا بأس بالدخول فى القضاء لمن يتق بنفسه أن يؤذى فرضه) لأن الصحابة رضى الله عنهم تقلدوه وكفى بهم قدوة ولأنه فرض كفاية لكونه أمرا بالمعروف . قال (ويكره الدخول فيه لمن يخاف العجز عنه ولا يأمن على نفسه الحيف فيه) كيلا

يصبر شرطاً لما شرته القبيح : وكره بعضهم الدخول فيه غتاراً لقوله عليه الصلاة والسلام
 « من جعل على القضاء فكأماً ذبج بغير سكين » والصحيح أن الدخول فيه رخصة طمعا
 في إقامة العدل وترك حزمة فلعله يخطئ ظنه ولا يوفق له أو لا يعينه عليه غيره ولا بد
 من الإحاطة إلا إذا كان هو أهلاً للقضاء دون غيره ، فحينئذ يفترض عليه التقلد صيانة لحقوق
 العباد وإخلاء للعالم من الفساد :

قال (وينبغي أن لا يطلب الولاية ولا يسألها) لقوله عليه الصلاة والسلام « من طلب
 القضاء وكل إلى نفسه ، ومن أجبر عليه نزل عليه ملك يسده » ولأن من طلبه يعتمد على
 نفسه فيحرم ومع أجبر عليه يتوكل على ربه فيلهم (ثم يجوز التقلد من السلطان الجائر كما
 يجوز من العادل) لأن الصحابة رضى الله عنهم تقلدوه من معاوية رضى الله عنه والحق
 كان بيد على رضى الله عنه في نوبته ، والتابعين تقلدوه من الججاج وكان جباراً إلا إذا
 كان لا يمكنه من القضاء بحق لأن المقصود لا يحصل بالتقلد بخلاف ما إذا كان يمكنه :

قال (ومن قلد القضاء يسل إليه ديوان القاضى الذى كان قباه) وهو الخراط التى
 فيها السجلات وغيرها لأنها وضعت فيها لتكون حجة عند الحاجة فتجعل في يد من له
 ولاية القضاء ؛ ثم إن كان البياض من بيت المال فظاهر وكذا إذا كان من مال المصوم
 في الصحيح ، لأنهم وضعوها في يده لئله وقد انتقل إلى المولى ، وكذا إذا كان من مال
 القاضى هو الصحيح لأنه إن أخذ تدبينا لا تمولا ، ويبحث أمينين ليقبضاهما بمضرة المزعول
 لو أمية ، ويسألانه شيئا فشيئا ويعلن كل نوع منها في خريطة كيلا يشبه على المولى وهذا
 السؤال لكشف الحال لا للإلزام .

قال (وينظر في حال المحبوسين) لأنه نصب ناظرا (فمن اعترف بحق ألزمه إياه)
 لأن الإقرار ملزم (ومع أنكر لم يقبل قول المزعول عليه إلا بينة) لأنه بالعزل التحق
 بالهرايا ، وشهادة الفرد ليست بحجة لاسيما إذا كانت على فعل نفسه (فإن لم تقم بينة لم
 يجعل بتخليته حتى ينادى عليه وينظر في أمره) لأن فعل القاضى المزعول حق ظاهرا ،
 فلا يجعل كيلا يؤدي إلى إبطال حق الغير (وينظر في الدوائع وارتفاع الوقوف فيعمل فيه
 على ما تقوم به البينة أو يعترف به من هو في يده) لأن كل ذلك حجة (ولا يقبل قول
 المزعول) لما بيناه (إلا أن يعترف الذى هو في يده أن المزعول سلمها إليه فيقبل قوله فيها)
 لأنه ثبت باتفاقه أن هذا كانت القاضى فصيح إقرار القاضى كأنه في يده في الحال إلا إذا

جلأ بالإقرار لغيره ثم أقر بتسليم القاضى فيسلم ما في يده إلى المقر له الأول لسبقه ،
ويضمن قيمته للقاضى بإقراره الثانى ويسلم إلى المقر له من جهة القاضى .

قال (ويجلس للحكم جلوسا ظاهرا فى المسجد) كيلا يشتهه مكانه على الغرباء وبعض
المقيمين ، والمسجد الجامع أولى لأنه أشهر . وقال الشافى رحمه الله : يكره الجلوس فى
المسجد للقضاء ، لأنه يحضره المشرك وهو نجس بالنسب والحائض وهى ممنوعة عن دخوله :
ولنا قوله عليه الصلاة والسلام « إنما بنيت المساجد للذكر الله تعالى والحكم » وكان رسول
الله صلى الله عليه وآله وسلم يفصل الخصومة فى مكتبه ، وكذا الخلفاء الراشدون كانوا
يجلسون فى المساجد لفصل الخصومات ، ولأن القضاء عبادة فيجوز إقامتها فى المسجد
كالصلاة ونجاسة المشرك فى اعتقاده لاقى ظاهره فلا يمنع من دخوله والحائض نجسة بحلها
فيخرج القاضى إليها أو إلى باب المسجد أو يبعث من يفصل بينها وبين خصمها كما إذا
كانت الخصومة فى الدابة . ولو جلس فى داره لأبأس به ويأذن للناس بالدخول فيها ويجلس
عه من كان يجلس قبل ذلك لأن فى جلوسه وحده تهمة .

قال (ولا يقبل هدية إلا من ذى رحم محرم أو ممن جرت عاداته قبل القضاء بمهادته)
لأن الأول صلة الرحم والثانى ليس للقضاء بل جرى على العادة ، وفيها وراء ذلك يصير .
أكلا بقضائه حتى لو كانت للقريب خصومة لا يقبل هديته ، وكلما إذا زاد المهدى على
المعتاد أو كانت له خصومة لأنه لأجل القضاء فيحلماه ، ولا يحضر دعوة إلا أن تكون
حامة لأن الخاصة لأجل القضاء فينبهم بالإجابة بخلاف العامة ، ويدخل فى هذا الجواب
تحريمه وهو قولهما . وعن محمد رحمه الله أنه يجيبه وإن كانت خاصة كالمدية ، والخاصة ماله
علم المضيف أن القاضى لا يحضرها لا يتخذها .

قال (ويشهد الجنازة ويعود المريض) لأن ذلك من حقوق المسلمين ، قال عليه
الصلاة والسلام « للمسلم على المسلم ستة حقوق » وعد منها عهدي ، (ولا يقبض أحد
الخصمين دون خصمه) لأن النبى عليه الصلاة والسلام نهى عن ذلك ولأن فيه تهمة .
قال (وإذا حضرا سوى بينهما فى الجلوس والإقبال) لقوله عليه الصلاة والسلام
« إذا ابتلى أحدكم بالقضاء فليسوى بينهما فى المجلس والإشارة والتظار » (ولا يسار أحدهما
ولا يشير إليه ولا يلقه حجة) لتهمة ولأن فيه مكسرة قلب الآخر فيتركه (ولا يضحك
فى وجه أحدهما) لأنه يجترى على خصمه (ولا يمازحهم ولا واجلهم منهم) لأنه يلمسهم
بمهادة القضاء .

قال (ويكره تلقين الشاهد) ومعناه أن يقول له : أتشهد بكذا وكذا ، وهذا لأنه إحاطة لأحد الخصمين بفكره كتلقين الخصم . واستحسنه أبو يوسف في غير موضع التهمة ، لأن الشاهد قد يحصر لمهابة المجلس فكان تلقينه إحياء للحق بمنزلة الإشخاص والتكفيل :

فصل في الحبس

قال (وإذا ثبت الحق عند القاضى وطلب صاحب الحق حبس غريمه لم يعجل بحبه وأمره بدفع ماعليه) لأن الحبس جزاء الماطلة فلا بد من ظهورها ، وهذا إذا ثبت الحق بإقراره لأنه لم يعرف كونه ماطلا في أول الوهلة فلعله طمع في الإمهال فلم يستصحب المال ، فإذا امتنع بعد ذلك حبسه لظهور مطله ، أما إذا ثبت بالبينه حبسه كما ثبت لظهور المطل بإنكاره

قال (فإن امتنع حبسه في كل دين لزمه بدلا عن مال حصل في يده كمن المبيع أو التزمه بهد كالمره والكفالة) لأنه إذا حصل المال في يده ثبت غناه به ، وإقدامه على التزامه باختياره دليل يساره إذ هو لا يلتزم إلا بما يقدر على أدائه ، والمراد بالمهر معجله دون مؤجله .

قال (ولا يحبه فيها سوى ذلك إذا قال إني فقير إلا أن يثبت غريمه أن له مالا فيحبه) لأنه لم توجد دلالة اليسار فيكون القول قول من عليه الدين ، وعلى المدعى إثبات غناه ، وروى أن القول لمن عليه الدين في جميع ذلك لأن الأصل هو العسرة ، وروى أن القول له إلا فيما بدله مال . وفي النفقة القول قول الزوج إنه معسر ، وفي إعتاق العبد المشتري القول للمعتق والمستثنان تزويدان القولين الآخرين والتخريج على ما قاله في الكتاب إنه ليس بدين مطلق ، بل هو صلة حتى تسقط النفقة بالموت على الاتفاق ، وكلما عند أبي حنيفة ضمان الإعتاق ، ثم فيها كان القول قول المدعى إن له مالا أو ثبت ذلك بالبينه فيها كان القول قول من عليه بحبه شهرين أو ثلاثة ثم يسأل عنه ، فالحبس لظهور ظلمه في الحال ، وإنما يحبه مدة ليظهر ماله لو كان يخفيه فلا بد من أن تمتد المدة ليفيد منه القائلة فقدره بما ذكره ، وروى غير ذلك من التقدير بشهر أو أربعة إلى ستة أشهر ، والصحيح أن التقدير موقوف على رأى القاضى لاختلاف أحوال الأشخاص فيه .

قال (فإن لم يظهر له مال خلى سبيله) يعنى بعد مضيّ المدة لأنه استحق النظره للمي
الميسرة فيكون حبسه بعد ذلك ظلما ؛ وأوقامت البينة على إنلامه قبل المدة تقبل في رواية
ولا تقبل في رواية ، وعلى الثانية عامة المشايخ . قال في الكتاب : خلى سبيله ولا يحول بينه
وبين غرمائه ، وهذا كلام في الملازمة وسنذكره في كتاب الحجر إن شاء الله تعالى . وفي
الجامع الصغير رجل أقرّ عند القاضي بدين فإنه يحبسه ثم يسأل عنه ، فإن كان موسراً أبد
حبسه وإن كان معسراً خلى سبيله ، ومراده إذا أقرّ عند غير القاضي أو عنده مرة وظهرت
مماطلته والحبس أو لا ومدته قد بيناه فلا نعيده .

قال (ومحبس الرجل في نفقة زوجته) لأنه ظالم بالامتناع (ولا يحبس الوالد في دين
ولده) لأنه نوع عقوبة فلا يستحقه الولد على الوالد كالحودود والقصاص (إلا إذا امتنع
من الإنفاق عليه) لأن فيه إحياء لولده ولأنه لا يتنارك لسقوطها بمضيّ الزمان ، والله
أعلم بالصواب .

باب كتاب القاضي إلى القاضي

قال (ويقبل كتاب القاضي إلى القاضي في الحقوق إذا شهد به عنده) الحاجة على
ما نيين (فإن شهدوا على خصم حاضر حكم بالشهادة) لوجود الحجّة (وكتب بحكمه)
وهو المدعو سجلا (وإن شهدوا به بغير حضرة الخصم لم يحكم) لأن القضاء على الغائب
لا يجوز (وكتب بالشهادة) ليحكم المكتوب إليه بها ، وهذا هو الكتاب الحكمي ، وهو
نقل الشهادة في الحقيقة ، ويختص بشرائط نذكرها إن شاء الله ، وجوازه لمساس الحاجة
لأن المدعى قد يلغز عليه الجمع بين شهوده وخصمه فأشبه الشهادة على الشهادة ، وقوله
في الحقوق يندرج تحته الدين والكناح والنسب والمقصوب والأمانة المحبودة والمضاربة
المحبودة ، لأن كل ذلك بمنزلة الدين ، وهو يعرف بالوصف لا يحتاج فيه إلى الإشارة ،
ويقبل في العقار أيضا لأن التعريف فيه بالتحديد ، ولا يقبل في الأعيان المنقولة الحاجة إلى
الإشارة ، وعن أبي يوسف رحمه الله أنه يقبل في العبد دون الأمة لغلبة الإباق فيه دونها .
وعنه أنه يقبل فيهما بشرائط تعرف في موضعها : وعن محمد رحمه الله أنه يقبل في جميع
ما ينقل ويعمل وعليه المتأخرون رحمهم الله .

قال (ولا يقبل الكتاب إلا بشهادة رجلين أو رجل وامرأتين) لأن الكتاب يشبه

الكتاب فلا يثبت إلا بحجة قاطعة وهذا لأنه ملزم فلا بد من الحجة ، بخلاف كتاب الاستبان من أهل الحرب لأنه ليس بمنزوم ، وبخلاف رسول القاضى إلى المزمك ورسوله إلى القاضى ، لأن الإلزام بالشهادة لا بالتركية .

قال (ويجب أن يقرأ الكتاب عليهم ليعرفوا ما فيه أو يعلمهم به) لأنه لا شهادة بدون العلم (ثم يخطمه بمحضرتهم ويسلمه إليهم) كيلا يتوهم التغير ، وهذا عند أبي حنيفة وعحمد رحمهما الله ، لأن علم ما فى الكتاب والختم بمحضرتهم شرط وكلما حفظ ما فى الكتاب عندهما ، ولهذا يدفع إليهم كتابا آخر غير مختوم ليكون مهم معاونة على حفظهم : وقال أبو يوسف رحمه الله آخرأ : شئ من ذلك ليس بشرط والشرط أن يشهدم أن هذا كتابه ويخطمه . وعن أبي يوسف رحمه الله أن الختم ليس بشرط أيضا فهل فى ذلك لما جهل بالقضاء ، وليس الخبر كالمعاينة . واختار شمس الأئمة السرخسى قول أبي يوسف رحمه الله .

قال (فإذا وصل إلى القاضى لم يقبله إلا بحضرة الخصم) لأنه بمنزلة أداء الشهادة فلا بد من حضوره ، بخلاف سماع القاضى الكتاب لأنه للثقل لا للحكم

قال (فإذا سلمه الشهود إليه نظر إلى خطه ، فإذا شهدوا أنه كتاب فلان القاضى سلمه إلينا فى مجلس حكمه وقضائه وقرأه علينا وخطه فصح القاضى وقرأه على الخصم وألزمه ما فيه) وهذا عند أبي حنيفة وعحمد رحمهما الله . وقال أبو يوسف رحمه الله : إذا شهدوا أنه كتابه وخطه قبله على ما مر ولم يشترط فيه الكتاب ظهور العدالة للفتح ، والصحيح أنه ينفى الكتاب بعد ثبوت العدالة كلما ذكره الخصم لأنه ربما يحتاج إلى زيادة الشهود ولو لما يمكنهم أهل الشهادة بتعليم الختم وإنما يقبله المكتوب إليه إذا كان الكتاب على القضاء حتى لو مات ثم جازل أو لم يمت أهل القضاء قبل وصول الكتاب لا يقبله لأنه لا يثبت بواحد مع الرعايا ، ولهذا لا يقبل لغيره قاضيا آخر فى غير عمله أو فى غير عملهما ، وكذلك لو مات المكتوب إليه إلا إذا كتب إلى فلان بن فلان قاضى بلدة كذا وإلى كل من يصل إليه من قضاة المسلمين لأن غيره صار تبعا وهو معرف ، بخلاف ما إذا كتب ابتداء إلى كل من يخط إليه حل ما عليه مثليتنا رحمه الله لأنه غير معرف ، ولو كان مات الخصم ينفذ الكتاب على وارثه قبله مقامه (ولا يقبل كتاب القاضى إلى القاضى فى الحدود والقصاص) لأن

فيه شبهة البدلية فصار كالشهادة على الشهادة ولأن مبناها على الإسقاط ، وفي قبوله سعى في إثباتهما .

فصل آخر

(ويموز قضاء المرأة في كل شيء إلا في الحدود والقصاص) اعتباراً بشهادتهما فيهما وقد مر الوجه (وليس للقاضي أن يستخلف على القضاء إلا أن يفوض إليه ذلك) لأنه قلد القضاء دون التقليد به فصار كتوكيل الوكيل ، بخلاف المأمور بإقامة الجمعة حيث يستخلف لأنه على شرف الفوات لتوقته فكان الأمر به إذنا في الاستخلاف دلالة ولا كذلك القضاء ، ولو قضى الثاني بمحض من الأول أو قضى الثاني فأجاز الأول جاز كما في الوكالة ، وهذا لأنه حضره رأى الأول وهو الشرط . وإذا فوض إليه يملكه فيصير الثاني نائباً عن الأصل حتى لا يملك الأول عزله إلا إذا فوض إليه العزل هو الصحيح .

قال (وإذا رفع إلى القاضي حكم حاكم أمضاء إلا أن يخالف الكتاب أو السنة أو الإجماع بأن يكون قولاً لا دليلاً عليه . وفي الجامع الصغير : وما اختلف فيه الفقهاء قضى به القاضي ثم جاء قاض آخر يرى غير ذلك أمضاءه) والأصل أن القضاء متى لاقى فصلاً عتبها فيه بنفذه ولا يرد غيره لأن اجتهد الثاني كاجتهد الأول ، وقد رجع الأول بانصال القضاء به فلا ينقض بما هو دونه (ولو قضى في المجتهد فيه مخالفاً لرأيه ناسياً لمذهبه نفذ عند أبي حنيفة رحمه الله ، وإن كان عامداً ففيه روايتان) ووجه النفاذ أنه ليس بخطأ ييقن . وعندهما لا ينقد في الوجهين لأنه قضى بما هو خطأ عنده وعليه الفتوى . ثم المجتهد فيه أن لا يكون مخالفاً لما ذكرنا ، والمراد بالسنة المشهورة منها وفيها اجمع عليه الجمهور لا يعتبر مخالفة البعض وذلك خلافاً وليس باختلاف ، والمعتبر الاختلاف في المصدر الأول .

قال (وكل شيء قضى به القاضي في الظاهر بتحريم فهو في الباطن كذلك عند أبي حنيفة رحمه الله) وكذا إذا قضى بإحلال وهذا إذا كانت الدعوى بسبب معين ، وهي مستقلة قضاء القاضي في العقود والنسوخ بشهادة الزور وقد مرت في النكاح .

قال (ولا يقضى القاضي على غائب إلا أن يحضر من يقوم مقامه) وقال الشافعي رحمه الله : يميز لوجود الحجة وهي البينة فظهر الحق . ولنا أن العمل بالشهادة تقطع المنازعة ولا منازعة بدون الإنكار ولم يوجد ولأنه يحتمل الإقرار والإنكار من انهم فيه وجه القضاء لأن أحكامهما مختلفة ، ولو أنكر ثم غاب فحكمت الجواب لأن الشرط عدم

الإنكار وقت القضاء ، وفيه خلاف أبي يوسف رحمه الله ، ومن يقوم مقامه قد يكون نائباً بإذنه كالوكيل أو بإذابة الشرع كالوصى من جهة القاضي ، وقد يكون حاكماً بأن كان ما يدعى على الغائب سبباً لما يدعيه على الحاضر ، وهذا في غير صورة في الكتب . أما إذا كان شرطاً لحقه فلا يعتبر به في جعله خصماً عن الغائب ، وقد عرف تماماً في الجامع . قال (ويقرض القاضي أموال اليتامى ويكتب ذكر الحق) لأن في الإفراض مصلحتهم لبقاء الأموال محفوظة مضمونة والقاضي يقدر على الاستخراج والكتابة ليحفظه . (وإن أقرض الوصى ضمن) لأنه لا يقدر على الاستخراج ، والأب بمنزلة الوصى في أصح الروايتين لمجزئه عن الاستخراج .

باب التحكيم

(وإذا حكم رجلان رجلاً فحكم بينهما ورضيا بتمكه جز) لأن لهما ولاية على أنفسهما فصح تحكيمهما ، وينفذ حكمه عليهما ، وهذا إذا كان المحكم بصفة الحاكم لأنه بمنزلة القاضي فيما بينهما فيشترط أهلية القضاء ، ولا يجوز تحكيم الكافر والعبد والذمي والمحدود في التقديف والفاقد والصبي لانعدام أهلية القضاء اعتباراً بأهلية الشهادة ، ونعاسق إذا حكم يجب أن يجوز عندنا كما مر في المولى (ولكل واحد من المحكمين أن يرجع مالم يحكم عليهما) لأنه مقلد من جهتهما فلا يحكم إلا برضاهما جميعاً (وإذا حكم لزمهما) لصلور حكمه عن ولاية عليهما (وإذا رفع حكمه إلى القاضي فوافق مذهبه أمضاه) لأنه لا فائدة في نقضه ثم في إبرامه على ذلك الوجه (وإن خالفه أبطله) لأن حكمه لا يلزم لعدم التحكيم منه .

(ولا يجوز التحكيم في الحدود والقصاص) لأنه لا ولاية لهما على دمه ، ولهذا لا يملكان الإباحة فلا يستباح برضاها . قالوا : وتخصيص الحدود والقصاص يدل على جواز التحكيم في سائر المتهددات كالطلاق والنكاح وغيرهما ، وهو صحيح إلا أنه لا يفتى به ، ويقال يحتاج إلى حكم المولى دفعا لتجاسر العوام فيه ، وإن حكاه في دم خطأ قضى بالدية على العاقلة لم ينفذ حكمه ، لأنه لا ولاية له عليهم إذ لا تحكيم من جهتهم ، ولو حكم على القاتل بالدية في ماله رده القاضي ويقضى بالدية على العاقلة لأنه مخالف لرأيه وعكالف نص أيضاً إلا إذا ثبت القتل بقراره لأن العاقلة لا تعقله .

(ويجوز أن يسمع البيئة ويقضى بالنكول وكذا بالإقرار) لأنه حكم مرافق للشرع ، ولو أخبر باقرار أحد الخصمين أو بعدالة الشهود وهما على تحكيمهما يقبل قوله لأن الولاية قائمة ، ولو أخبر بالحكم لا يقبل قوله لانقضاء الولاية كتقول المولى بعد العزل .
(وحكم الحاكم لأبويه ووزوجته وولده باطل ، والمولى والحكم فيه سواء) وهذا لأنه لا تقبل شهادته هؤلاء لمكان التهمة فكذا لا يصح القضاء لهم ، بخلاف ما إذا حكم عليهم لأنه تقبل شهادته عليهم لانتفاء التهمة فكذا القضاء ، ولو حكما رجلين لا بد من اجتماعهما لأنه أمر يحتاج فيه إلى الرأي ، والله أعلم بالصواب .

مسائل شتى من كتاب القضاء

قال (وإذا كان علو لرجل وسفل لآخر فليس لصاحب السفل أن يتد فيه وتدا ولا ينقب فيه كوة عند أبي حنيفة رحمه الله) معناه بغير رضا صاحب العلو (وقالوا : يصنع ما لا يضر بالعلو) وعلى هذا الخلاف إذا أراد صاحب العلو أن يبنى على علوه ، قبل ما حكم عنهما تفسير لقول أبي حنيفة رحمه الله فلا خلاف ، وقبل الأصل عندهما الإباحة لأنه تصرف في ملكه والملك يقتضى الإطلاق والحزمة بعارض الضرر ، فإذا أشكل لم يجر المنع ، والأصل عنده الحظر لأنه تصرف في محل يتعلق به حق محرم للغير كحق المرتين والمستأجر والإطلاق بعارض ، فإذا أشكل لا يزول المنع على أنه لا يعرى عن نوع ضرر بالعلو من توهين بناء أو نقضه فيمنع عنه .

قال (وإذا كانت زائفة مستطيلة تشعب منها زائفة مستطيلة ، وهى غير نافذة فليس لأهل الزائفة الأولى أن يفتحوا بابا في الزائفة القصوى) لأن فتحه للمرور ولا حق لهم في المرور إذ هو لأهلها خصوصا حتى لا يكون لأهل الأولى فيما يبيع فيها حق الشفعة ، بخلاف المناهضة لأن المرور فيها حق العامة قيل المنع من المرور لامن فتح الباب لأنه رفع بعض جداره . والأصح أن يمنع من الفتح لأن بعد الفتح لا يمكنه المنع من المرور في كل ساعة ولأنه عساه يدعى الحق في القصوى بتركيب الباب (وإن كانت مستديرة قد ترق طرفاها فلهم أن يفتحوا بابا) لأن لكل واحد منهم حق المرور في كلها ، إذ هى ساحة مشتركة ولهذا يشتركون في الشفعة إذا بيعت دار منها .

قال (ومن ادعى في دار دعوى وأنكرها الذى هى في يده ثم صالحه منها فهو جازر

وهي مسئلة الصلح على الإنكار) يستدكرها في الصلح إن شاء الله تعالى . والمدعى وإن كان مجهولا فالصلح على معلوم عن مجهول جائز عندنا لأنه جهالة في الساقط فلا تضي إلى المنازعة على ما عرف .

قال (ومن ادعى دارا في يد رجل أنه وهبها له في وقت كذا فسل البيعة فقال جحدني فلبية فاشتريتها منه وأقام المدعى البيعة على الشراء قبل الوقت الذي يدعى فيه الهبة لا تقبل) لظهور التناقض ، إذ هو يدعى الشراء بعد الهبة وهم يشهدون به قبلها ، ولو شهدوا به بعدها تقبل لوضوح التوفيق ، ولو كان ادعى الهبة ثم أقام البيعة على الشراء قبلها ولم يقل جحدني الهبة فاشتريتها لم تقبل أيضا ذكره في بعض النسخ لأن دعوى الهبة إقرار منه بالملك لقولهم عندها ودعوى الشراء رجوع عنه فعد تناقضا ، بخلاف ما إذا ادعى الشراء بعد الهبة لأنه لأنه تقرر ملكه عندها .

(ومن قال لآخر : اشتريت مني هذه الجارية فأنكر الآخر إن أجمع البائع على ترك الخصومة وسعه أن يطأها) لأن المشتري لما جحدته كان فسحا من جهه ، إذ النسخ يثبت به كما إذا نجاها ، فإذا عزم البائع على ترك الخصومة تم الفسخ وبمجرد العزم وإن كان لا يثبت الفسخ فقد اقترن بالفعل ، وهو إسك الجارية ونسلها وما يضاهاه ، ولأنه لما تعلق استيفاء الثمن من المشتري فأت رضا البائع فيستبد بفسخه :

قال (ومن أقر أنه قبض من فلان عشرة دراهم ثم ادعى أنها زيوف صدق) وفي بعض النسخ اقتضى وهو عبارة عن القبض أيضا . ووجهه أن الزيوف من جنس الدراهم إلا أنها معيبة ، ولهذا لو تجوز به في الصرف والسلم جاز ، والقبض لا يختص بالحياد فيصدق لأنه أنكر قبض حقه ، بخلاف ما إذا أقر أنه قبض الحياد أو حقه أو الثمن أو استوفى لإقراره بقبض الحياد صريحا أو دلالة فلا يصدق ، والنهرجة كالزيوف وفي السقوة لا يصدق لأنه ليس من جنس الدراهم حتى لو تجوز به فيما ذكرنا لا يجوز . والزيوف مازيه بيت المال . والنهرجة ما يرد التجار . والسقوة ما يقاب عليه الفس .

قال (ومن قال لآخر لك على ألف درهم فقال ليس لي عليك شيء ثم قال في مكانه هل لي عليك ألف درهم فليس عليه شيء) لأن إقراره هو الأول وقد ارتد برد المقر له والثاني دعوى فلا بد من الحجة أي تصديق خصمه ، بخلاف ما إذا قال لغيره : اشتريت وأنكر الآخر له أن يصدق ، لأن أحد المتعاقدين لا يغرد بالفسخ كما لا يغرد بالعقد ، والمضى أنه متقهما فبقي العقد لعمل التصديق . أما المقر له يغرد برد الإقرار فلا يرقا .

قال (ومن ادعى على آخر مالا فقال : ما كان لك على شيء قط فأقام المدعى البينة على ألف ، وأقام هو البينة على القضاء قبلت بيته) وكذلك على الإبراء ، وقال زفر رحمه الله : لا تقبل ، لأن القضاء يتلو الوجوب وقد أنكره فيكون مناقضا . ولنا أن التوفيق ممكن لأن غير الحق قد يقضى ويرأ منه دفعا للخصومة والشغب ، ألا ترى أنه يقال قضى بإبطال ، وقد يصالح على شيء فيثبت ثم يقضى ، وكذا إذا قال ليس لك على شيء قط لأن التوفيق أظهر (ولو قال : ما كان لك على شيء قط ولا أعرفك لم تقبل بيته على القضاء) وكذا على الإبراء لتعذر التوفيق ، لأنه لا يكون بين اثنين أخذ وإعطاء وقضاء واقتضاء ومعاملة ومصالحة بدون المعرفة . وذكر القدوري رحمه الله أنه تقبل أيضا لأن المحتجب أو المندرة قد يؤذى بالشعب على بابه فيأمر بعض وكالاته بارضائه ولا يعرفه ثم يعرفه بعد ذلك فأمكن التوفيق .

قال (ومن ادعى على آخر أنه باعه جاريته فقال : لم أبيعها منك قط فأقام المشتري البينة على الشراء فوجد بها أصبغا زائدة فأقام البائع البينة أنه برى إليه من كل حيب لم تقبل بيته البائع) وعن أبي يوسف رحمه الله أنها تقبل إحتبارا بما ذكرنا . ووجه الظاهر أن شرط البراءة تغيير للعقد من اقتضاء وصف السلامة إلى غيره ، فيستلحق وجود البيع وقد أنكره فكان مناقضا بخلاف الدين لأنه قد يقضى وإن كان باطلا على ما مر .

قال (ذكر حق كتب في أسفله ، ومن قام بهذا الذكر الحق فهو ولي ما فيه إن شاء الله تعالى ، أو كتب في شراء فعل فلان خلاص ذلك وتسليمه إن شاء الله تعالى بطل الذكر كله ، وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله . وقالوا : إن شاء الله تعالى هو على الخلاص ، وعلى من قام بذكر الحق ، وقولها استحصان ذكره في الإقرار لأن الاستثناء ينصرف إلى ما يليه لأن الذكر للاستيثاق ، وكذا الأصل في الكلام الاستبعاد . وله أن الكل كشيء واحد يحكم المطلق ، فيصرف إلى الكل كما في الكلمات المعطوفة مثل قوله عبده حر وأمراته طالق وحليه المنى إلى بيت الله تعالى إن شاء الله تعالى ، ولو ترك فرجة قالوا لا يلحق به ويصير كفاصل السكوت ، والله أعلم بالصواب .

فصل في القضاء بالمواريث

قال (وإذا مات نصراني فجاءت امرأته مسلمة وقالت : أسلمت بعد موته وقالت الورثة : أسلمت قبل موته فأقول قول الورثة) وقال زفر رحمه الله : أقول قولها ، لأن

الإسلام حادث فيضاف إلى أقرب الأوقات . ولنا أن سبب الحرمان ثابت في الحال ، فثبت فيها مضي تحكيمها للحال كما في جريان ماء الطاحونة ، وهذا ظاهر نعتبه للدفع وما ذكره يعتبره للاستحقاق (ولو مات المسلم وله امرأة نصرانية فجاءت مسلمة بعد موته وقالت : أسلمت قبل موته وقالت الورثة أسلمت بعد موته فالقول قولهم أيضاً) ولا يحكم الحال ، لأن الظاهر لا يصلح حجة للاستحقاق وهي محتاجة إليه . أما الورثة فهم الدافعون ويشهد لهم ظاهر الحدوث أيضاً .

قال (ومن مات وله في يد رجل أربعة آلاف درهم وديعة فقال المستودع : هذا ابن الميت لا وارث له غيره فإنه يدفع المال إليه) لأنه أقر أن ماني يده حتى الوارث خلافة ، فصار كما إذا أقر أنه حق المورث وهو حى أصالة ؛ بخلاف ما إذا أقر لرجل أنه وكيل المودع بالقبض أو أنه اشتراه منه حيث لا يؤمر بالدفع إليه لأنه أقر بقيام حتى المودع إذ هو حى فيكون إقراره على مال الغير ولا كذلك بعد موته ؛ بخلاف المدينون إذا أقر بتوكيل غيره بالقبض ، لأن الديون تقضى بأمثالها فيكون إقراره على نفسه فيؤمر بالدفع إليه (ولو قال المودع لآخر هذا ابني أيضاً وقال الأول ليس له ابن ، غيرى قضى بالمال للأول) لأنه لما صح إقراره للأول انقطع يده عن المال فيكون هذا إقراره على الأول ، فلا يصح إقراره للثاني كما إذا كان الأول ابنا معروفا ، ولأن حين أقر للأول لا مكذب له فصح وحين أقر للثاني مكذب فلم يصح .

قال (وإذا قسم الميراث بين الغرماء والورثة ، فإنه لا يؤخذ منهم كفيلاً ولا من وارث وهذا شيء احتاط به بعض القضاة وهو ظلم) وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله . وقالوا : يؤخذ الكفيل . والمسئلة فيما إذا ثبت الدين والارث بالشهادة ولم يقل الشهود لانعلم له وارثا غيره : لهما أن القاضي ناظر للغب . والظاهر أن في التركة وارثا غائبا أو غريبا غائبا لأن الموت قد يقع بغتة فيحتاج بالكفالة ، كما إذا دفع الآبق واللقطة إلى صاحبه أو أعطى امرأة الغائب النفقة من ماله . ولأبي حنيفة رحمه الله أن حق الحاضر ثابت قطعا أو ظاهرا فلا يؤخر الحق موهوم إلى زمان التكفيل ، كمن أثبت الشراء ممن في يده أو أثبت الدين على العبد حتى بيع في دينه لا يكفل ، ولأن المكفول له مجهول فصار كما إذا كفل لأحد الغرماء ، بخلاف النفقة لأن حق الزوج ثابت وهو معلوم . وأما الآبق واللقطة فبهم روايتان . والأصح أنه على الخلاف ، وقيل إن دفع بعلامة اللقطة أو إقرار الصيد يكتل بالإجماع لأن الحق عسير

ثابت ، ولهذا كان له أن يمنع ، وقوله ظلم : أى ميل عن سواء السبيل ، وهذا يكشف عن مذهبه رحمه الله أن المجتهد يخطئ* ويصيب لا كما ظنه البعض .

قال (وإذا كانت الدار في يد رجل وأقام الآخر البيعة أن أهاء مات وتركها ميراثا بينه وبين أخيه فلأن الغائب قضى له بالنصف وترك النصف الآخر في يد الذى همى في يده ، ولا يستوثق منه بكفيل ، وهذا عند أبى حنيفة رحمه الله . وقالوا : إن كان الذى همى في يده جاحدا أخذ منه وجعل في يد أمين ، وإن لم يحدد ترك في يده) لهما أن الجاحد خائن فلا يترك المال في يده ، بخلاف المقر لأنه أمين ، وله أن القضاء وقع للميت مقصودا ، واحتمال كونه مغفرا للميت ثابت فلا تنقض يده كما إذا كان مقرا وجعوده قد ارتفع بقضاء القاضى والظاهر عدم الجحود في المستقبل لسرورة الحادثة معلومة له والقاضى ، ولو كانت الدعوى في مقول فقد قيل يؤخذ منه بالاتفاق ، لأنه يحتاج فيه إلى الحفظ والزرع أبلغ فيه ، بخلاف العقار لأنها محصنة بنفسها ، ولهذا يملك الوصى بيع المنقول على الكبير الغائب دون العقار وكذا حكم وصى الأم والأخ والعم على الصغير ، وقيل المنقول على انحلاف أيضا ، وقول أبى حنيفة رحمه الله فيه أظهر لحاجته إلى الحفظ وإنما لا يؤخذ الكفيل لأنه إنشاء خصومة والقاضى إنما نصب لقطعها للإنشائها ، وإذا حضر الغائب لا يحتاج إلى إعادة البيعة وسلم النصف إليه بذلك القضاء ، لأن أحد الورثة ينتصب خصما عن الباقيين مما يستحق له عليه ديناً كان أو عينا ، لأن المقضى له وعليه إنما هو الميت في الحقيقة وواحد من الورثة يصلح خليفة عنه في ذلك ، بخلاف الاستفتاء لنفسه لأنه عامل فيه لنفسه ، فلا يصلح نائباً عن غيره ، ولهذا لا يستوفى إلا نصيبه وصار كما إذا قامت البيعة بدين الميت إلا أنه إنما يثبت استحقاق الكل على أحد الورثة إذا كان الكل في يده ذكره في الجامع لأنه لا يكون خصما بدون اليد فيقتصر القضاء على ما في يده .

قال (ومن قال مالى في المساكين صدقة فهو على مافيه الزكاة وإن أوصى بثلث ماله فهو على كل شيء) والقياس أن يلزمه التصديق بالكل ، وبه قال زفر رحمه الله لعموم اسم المال كما في الوصية .

وجه الاستحسان أن إيجاب العبد معتبر بإيجاب الله تعالى فينصرف لإيجابه إلى ما أوجب الشارع فيه الصدقة من المال . أما الوصية فأخت الميراث لأنها خلافة كبرى ، فلا تختص بمال دون مال ، ولأن الظاهر التزام الصدقة من فاضل ماله وهو مال الزكاة . أما الوصية

ففتح في حال الاستثناء فيصرف إلى الكل وتدخل فيه الأرض العشرية عند أبي يوسف رحمه الله ، لأنها سبب الصدقة إذ جهة الصدقة في العشرية راجعة عنده . وعند محمد رحمه الله لا تدخل لأنها سبب المؤنة ، إذ جهة المؤنة راجعة عنده ، ولا تدخل أرض الخراج بالإجماع لأنه يحتسب مؤنة ، ولو قال ما ملكتك صدقة في المساكين فقد قيل : يمتثل كل مال لأنه أهم من لفظ المال ، والمقيد بإيجاب الشرع ، وهو مختص بلفظ المال فلا يختص في لفظ الملك فبقي على العموم ، والصحيح أنهما سواء ، لأن الملتزم باللفظين الفاضل عن الحاجة على ماهر ، ثم إذا لم يكن له مال سوى ما دخل تحت الإيجاب يملك من ذلك قوته ، ثم إذا أصاب شيئا تصدق بمثل ما أسكن لأن حاجته هذه مقدمة ولم يقدر محمد رحمه الله بشيء لاختلاف أحوال الناس فيه . وقيل المحترف يملك قوته ليوم وصاحب الغلة لشهر وصاحب الضياع لسنة على حسب التفاوت في مدة وصولهم إلى المال ، وعلى هذا صاحب التجارة يملك بقدر ما يرجع إليه ماله .

قال (ومن أوصى إليه ولم يعلم بالوصية حتى باع شيئا من التركة فهو وصى والبيع جائز ولا يجوز بيع الوكيل حتى يعلم) وعنى أبي يوسف رحمه الله أنه لا يجوز في الفصل الأول أيضا ، لأن الوصاية إنابة بعد الموت ، فتعتبر بالإنابة قبله وهي الوكالة . ووجه الفرق على الظاهر أن الوصاية ثلاثة لإضافتها إلى زمان بطلان الإنابة فلا يتوقف على العلم كما في تصرف الوارث أما الوكالة فإنابة لقيام ولاية المتوب عنه فيتوقف على العلم ، وهذا لأنه لو توقف على العلم لا يفوت النظر لقدرة الموكل ، وفي الأول يفوت لعجز الموصى (ومن أحله من الناس بالوكالة يجوز تصرفه) لأنه إثبات حق للإلزام أمر .

قال (ولا يكون النهي عن الوكالة حتى يشهد عنده شاهدان أو رجل عدل) وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله . وقالوا : هو الأول سواء لأنه من المعاملات وبالواحد فيها كفاية . وله أنه خبر ملزم فيكون شهادة من وجه ، فيشترط أحد شرطيهما وهو العدد أو العلة بخلاف الأول وبخلاف رسول الموكل ، لأن جبرته كعبارة المرسل للحاجة إلى الإرسال . وعلى هذا الخلاف إذا أخبر المولى بختاية عبده والشفيع والبكر والمسلم الذي لم يجهز إلينا .

قال (وإذا باع قاضي أو أميته عبدا لفرمائه وأخذ المال فضاغ واستحق العبد لم يضمن) لأن أمين القاضي قائم مقام القاضي ، والقاضي قائم مقام الإمام ، وكل واحد منهم لا يلحقه

فبان كيلا يتقاعد الناس عن قبول هذه الأمانة فتضيع الحقوق ويرجع المشتري على الغرماء ، لأن البيع واقع لهم فيرجع عليهم عند تعذر الرجوع على العاقد كما إذا كان العاقد مجرورا عليه ، ولهذا يباع بطلبهم (وإن أمر القاضى الوصى ببيعه للغرماء ثم استحق أو مات قبل القبض وضاع المال رجع المشتري على الوصى) لأنه عاقد نيابة عن الميت وإن كان ينقضة القاضى عنه فصار كما إذا باعه بنفسه .

قال (ورجع الوصى على الغرماء) لأنه عامل لهم ، وإن ظهر للميت مال يرجع الغريم فيه يدينه قالوا : ويجوز أن يقال يرجع بالمسائة التى غرمها أيضا لأنه لحقه فى أمر الميت والوارث إذا بيع له بمزلة الغريم لأنه إذا لم يكن فى التركة دين كان للعائد جاهلا له .

فصل آخر

(وإذا قال القاضى : قد قضيت على هذا بالرجم فارجحه أو بالقطع فاقطعه ، أو بالضرب فاضربه وسلك أن تفعل) وعن محمد أنه رجع عن هذا ، وقال : لاتأخذ بقوله حتى تامين الحجة لأن قوله يحتمل الغلط والخطأ والتدراك غير ممكن ، وعلى هذه الرواية لا يقبل كتابه ، واستحسن المشايخ هذه الرواية لفساد حال أكثر القضاة فى زماننا إلا فى كتاب القاضى للحاجة إليه . وجه ظاهر الرواية أنه أخبر عن أمر يملك إنشائه فيقبل لخلوه عن التهمة ولأن طاعة أولى الأمر واجبة ، وفى تصديقه طاعة . وقال الإمام أبو منصور رحمه الله : إن كان عدلا عالما يقبل قوله لانعدام تهمة الخطأ والخيانة ، وإن كان عدلا جاهلا يستفسر فإن أحسن التفسير وجب تصديقه وإلا فلا وإن كان جاهلا فاسقا أو عالما لا يقبل إلا أن يعاين سبب الحكم تهمة الخطأ والخيانة .

قال (وإذا عزل القاضى فقال لرجل أخذت منك ألفا ودفعتها إلى فلان قضيت بها عليك فقال الرجل أخذتها ظلما فالقول قول القاضى ، وكذا لو قال قضيت بقطع يلك فحق هذا إذا كان الذى قطعت يده والذى أخذتمه المال مقرين أنه فعل ذلك وهو قاض) ووجهه أنها لما تواخعا أنه فعل ذلك فى قضائه كان الظاهر شاهدا له إذ القاضى لا يقضى بغير مظهر ظاهرا (ولا يمين عليه) لأنه ثبت فعله فى قضائه بالتصادق ولا يمين على القاضى .

(ولو أقر القاطع والأخذ بما أقر به القاضى لا يضمن أيضا) لأنه فعله فى حال القضاء وطلع القاضى صحيح كما إذا كان معاينا .

(ولو زعم المقتطوع يده أو المأخوذ ماله أنه فعل ذلك قبل التقليد أو بعد العزل فالتقول القاضى أيضا) وهو الصحيح لأنه أسند فعله إلى حالة معهودة متأنية للضمان فصار كما إذا قال طلقت أو أعصت وأنا مجنون والجنون من كان مبهودا .

(ولو أقر القاطع أو الآخذ في هذا الفصل بما أقر به القاضى بضمان) لأنها أقرت بسبب الضمان، وقول القاضى مقبول في دفع الضمان من نفسه لا في إبطال سبب الضمان على غيره بخلاف الأول لأنه ثبت فعله في قضائه بالتصادق (ولو كان المال في يد الآخذ قائما وقد أقر بما أقر به القاضى والمأخوذ منه المال صدق القاضى في أنه فعله في قضائه أو ادعى أنه فعله في غير قضائه يؤخذ منه) لأنه أقر أن اليد كانت له فلا يصديق في دعوى تملكه إلا بحجة وقول المزيل فيه ليس بحجة .

كتاب الشهادات

قال (الشهادة فرض تلزم الشهود ولا يسعهم كتابتها إذا طالبهم المدعى) لقوله تعالى - ولا يأتي الشهداء إذا ما دعوا - وقوله تعالى - ولا تكسروا الشهادة ومن يكسرها فإنه آثم قلبه - وإنما يشترط طلب المدعى لأنها حقه فيعترف على طلبه كسائر الحقوق .

(والشهادة في الحدود بخير فيها الشاهد بين السر والإظهار) لأنه بين حسيين : إقامة الحد والتوق عن المترك (والسر أفضل) لقوله عليه الصلاة والسلام للذي شهد عنده : «لو سترته بثوبك لكان خيرا لك» وقال عليه الصلاة والسلام «من ستر على مسلم ستر الله عليه في الدنيا والآخرة» وفيما نقل من تلقين الدرء عن النبي عليه الصلاة والسلام وأصحابه ورضي الله عنهم دلالة ظاهرة على أفضلية السر (إلا أنه يجب أن يشهد بالمال في السرقة فيقول أخذت إحياء لحق المسروق منه (ولا يقول سرق) محافظة على السر، ولأنه لو ظهرت السرقة لوجب القطع، والضمان لا يجمع القطع فلا يحصل إحياء حقه .

(والشهادة على مراتب : منها الشهادة في الزنا يعقب فيها أربعة من الرجال) لقوله تعالى - واللاتي يأتين الفاحشة من نسائكم فاستشهدوا عليهن أربعة منكم - ولقوله تعالى - ثم لم يأتوا بأربعة شهداء - (ولا تقبل فيها شهادة النساء) لحديث الزهري «مضت السنة من لندن رسول الله صلى الله عليه وعلى آله وسلم والخليفين من بعده أن لا شهادة للنساء»

في الحدود والقصاص ، ولأن فيها شبهة البدلية لقيامها مقام شهادة الرجال فلا تقبل فيها ينترى بالشبهات (ومنها الشهادة ببقية الحدود والقصاص تقبل فيها شهادة رجلين) لقوله تعالى - واستشهدوا شهيدين من رجالكم - (ولا تقبل فيها شهادة النساء) لما ذكرنا .

قال (وما سوى ذلك من الحقوق يقبل فيها شهادة رجلين أو رجل وامرأتين سواء كان الحق مالا أو غير مال) مثل : النكاح ، والطلاق ، والمثاق ، والعدة ، والحوالة ، والوقف والصالح (والوكالة والوصية) والهبة والاقرار والابراء والولد والولاد والتبني ونحو ذلك . وقال الشافعي : لا تقبل شهادة النساء مع الرجال إلا في الأموال وتوابعها ، لأن الأصل فيها عدم القبول لنقصان العقل واختلال الضبط وقصور الولاية فإنها لا تصلح للإمارة ولهذا لا تقبل في الحدود ، ولا تقبل شهادة الأربع منهن وحدنن إلا أنها قبلت في الأموال ضرورة والنكاح أعظم خطرا وأقل وقوعا فلا يلحق بما هو أدنى خطرا وأكثر وجودا . ولنا أن الأصل فيها القبول لوجود ما يثبت عليه أهلية الشهادة ، وهو الملاحظة والضبط والأداء إذ بالأول يحصل العلم للشاهد وبالثاني يثبت وبالثالث يحصل العلم للقاضي ، ولهذا يقبل إخبارها في الأخبار ، ونقصان الضبط بزيادة النسيان انجبر بضم الأخرى إليها فلم يثبت بعد ذلك إلا الشبهة ، فلهذا لا تقبل فيها ينترى بالشبهات وهذه الحقوق تثبت مع الشبهات وعدم قبول الأربع على خلاف القياس كيلا يكثر خروجهن .

قال (وتقبل في الولادة والبكارة والعيوب بالنساء في موضع لا يطلع عليه الرجال شهادة امرأة واحدة) لقوله عليه الصلاة والسلام : شهادة النساء جائرة فيا لا يستطيع الرجال النظر إليه ، والجمع المحلى بالألف واللام يراد به الجنس فيتناول الأقل ، وهو حجة على الشافعي رحمه الله في اشتراط الأربع ولأنه إنما سقطت الذكورة ليخف النظر لأن نظر الجنس إلى الجنس أخف فكذا يسقط اعتبار العدد إلا أن المتني والثلاث أسحوط لما فيه من معنى الالتزام (ثم حكما في الولادة شرحناه في الطلاق) .

وأما حكم البكارة فإن شهدن أنها بكر يؤجل في العنين سنة ويفرق بعدها لأنها تأييدت بمؤيد إذ البكارة أصل ، وكذا في رد الميعة إذا اشترأها بشرط البكارة ، فإن قلن إنها ثيب يحلف البائع لينضم نكوله إلى قولهن واليب يثبت بقولهن فيحلف البائع . وأما شهادتهن على استئصال الصبي لا تقبل عند أبي حنيفة رحمه الله في حق الإرث ، لأنه مما يطلع عليه الرجال إلا في حق الصلاة لأنها من أدور الدين . وعندهما تجوز في حق الإرث أيضا ، لأنه صحت عند الولادة ولا يحضرها الرجال عادة فصار كشهادتهن على نفس الولادة .

قال (ولا بدّ في ذلك كله من العدالة ولفظة الشهادة ، فإن لم يذكر الشاهد لفظة شهادة وقال أعلم لو أتيت لم تقبل شهادته) أما العدالة فلقوله تعالى — ممن ترضون من الشهداء — والمرضى من الشاهد هو العدل ، ولقوله تعالى — ولشهدوا ذوى عدل منكم — ولأن العدالة هي المعينة لأصدق لأن من يماطى غير الكذب قد يماطاه ؛ وعن أبي يوسف أن الفاسق إذا كان وجبياً في الناس ذا مروءة تقبل شهادته لأنه لا يستأجر لوجهه ، و؛ نعم من الكلب لمروءته ، والأول أصح إلا أن القاضي لو قضى بشهادة الفاسق يصح عندنا ؛ وقال الشافعي رحمه الله : لا يصح والمسئلة معروفة .

وأما لفظة الشهادة فلأن النصوص نطقت باشتراطها إذ الأمر فيها بهذه اللفظة ، ولأن فيها زيادة تأكيد ، فإن قوله أشهد من ألفاظ اليمين كقوله أشهد بالله فكان الامتناع عن الكذب بهذه اللفظة أشدّ ، وقوله في ذلك كله إشارة إلى جميع ما تقدم حتى يشترط العدالة ولفظة الشهادة في شهادة النساء في الولادة وغيرها هو الصحيح لأنها شهادة لما فيه من معنى الإلزام ، حتى اختص بمجلس القضاء ، ولهذا يشترط فيه الحرية والإسلام .

(قال أبو حنيفة رحمه الله : يقتصر الحاكم على ظاهر العدالة في المسلم ولا يسأل عن حال الشهود حتى يطمئن الخضم) لقوله عليه الصلاة والسلام « المسلمون عدول بعضهم على بعض إلا لمحموداً في قذف » ومثل ذلك مروي عن عمر رضي الله عنه ولأن الظاهر هو الإزجار عما هو محرم دينه وبالظاهر كفاية إذ لا وصول إلى القطع (إلا في الحدود والقصاص فإنه يسأل عن الشهود) لأنه يحال لإسقاطها فيشترط الاستقضاء فيها ولأن الشبهة فيها دائرة وإن طعن الخضم فيهم سأل عنهم في السرّ والعلاية لأنه تقابل الظاهران فيسأل طلباً للترجيح (وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله : لا بد أن يسأل عنهم في السرّ والعلاية في سائر الحقوق) لأن القضاء مبناه على الحجة وهي شهادة العدول فيتعرف عن العدالة وفيه صون قضائه عن البطالان ؛ وقبل هذا اختلاف عصر وزمان ، والفتوى على قولها في هذا الزمان . قال (ثم التزكية في السرّ أن يثبت المستورة إلى المعدل فيها النسب والحلى والمصل ويردّها المعدل) كل ذلك في السرّ كيلا يظهر فيخضع أو يقصد (وفي العلاية لا بد أن يجمع بين المعدل والشاهد) لتنتفي شبهة تعديل غيره ، وقد كانت العلاية وحدها في الصدر الأول ووقع الاكتفاء في السرّ في زماننا نحرزاً عن الفتنة ، وروى عن محمد رحمه الله تزكية العلاية بلاه وفتنة ، ثم قيل لا بد أن يقول المعدل هو حرّ عدل جازز الشهادة لأن المبدل قد يعدل ، وقيل يكفى بقوله هو عدل لأن الحرية ثابتة بالدار وهذا أصح .

قال (وفي قول من رأى أن يسأل عن الشهود لم يقبل قول الخصم إنه عدل) معناه
قول المدعى عليه . وعن أبي يوسف ومحمد رحمهما الله أنه يجوز تركية لكن عند محمد
رحمه الله يضم تركية الآخر إلى تركية ، لأن العدد عنده شرط . ورويه الظاهر أن في ضم
المدعى وشهوده أن الخصم كاذب في إنكاره مبطل في إصراره فلا يصلح عدلا : وموضوع
المسئلة إذا قال : هم عدول إلا أنهم أعطوا أو نسوا ، أما إذا قال صدقوا أو هم عدول
صدقة فقد اعترف بالحق .

قال (وإذا كان رسول القاضى الذى يسأل عن الشهود واحدا جاز والاثنان أفضل)
وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله . وقال محمد رحمه الله : لا يجوز إلا اثنان
وللراىمة المزكى ، وعلى هذا اختلاف رسول القاضى إلى المزكى والمترجم عن الشاهد . له أن
التركية في معنى الشهادة ، لأن ولاية القضاء تبنى على ظهور العدالة وهو بالتركية ، فيشترط
فيه العدد كما تشترط العدالة فيه ، وتشترط الذكورة في المزكى في الحدود والقصاص . ولما أنه
ليس في معنى الشهادة ، ولهذا لا يشترط فيه لفظة الشهادة ومجلس القضاء ، واشترط العدد
أمر حكى في الشهادة فلا يمتدأها (ولا يشترط أهلية الشهادة في المزكى في تركية السر)
حتى صاحب المبد مزكيا ، فأما في تركية العلانية فهو شرط وكذا العدد بالإجماع على ما قاله
الخصائص رحمه الله لاختصاصها بمجلس القضاء ، قالوا يشترط الأربعة في تركية شهود الزنا
عند محمد رحمه الله .

فصل

(وما يتحمله الشاهد على ضربين : أحدهما : ما ثبت حكمه بنفسه مثل البيع والإقرار
والنصب والقتل وحكم الحاكم ، فإذا سمع ذلك الشاهد أو رآه سمعه أن يشهد به وإن لم يشهد
عليه لأنه علم ما هو الموجب بنفسه ، وهو الركن في إطلاق الأداء . قال الله تعالى - لإمينة
شهد بالحق وهم يعلمون - وقال النبي صلى الله عليه وعلى آله وسلم إذا علمت مثل الشمس
فاشهد وإلا فده .

قال (ويقول أشهد إنه باع ولا يقول أشهدنى) لأنه كذب (ولو سمع من وراء
الحجاب لا يجوز له أن يشهد ، ولو فسر القاضى لا يقبله) لأن النعمة تشبه النعمة فلم يحصل
العلم (إلا إذا كان داخل البيت وعلم أنه ليس فيه أحد سواه ثم جلس على الباب وليس

في البيت مسلک غيره فسمع إقرار الداخل ولا يراه له أن يشهد) لأنه حصل العلم في هذه الصورة (ومنه لا يثبت الحكم فيه بنفسه مثل الشهادة على الشهادة ، فإذا سمع شاهدا يشهد بشيء لم يميز له أن يشهد على شهادته إلا أن يشهده عليها) لأن الشهادة غير موجبة بنفسها وإنما تصير موجبة بالنقل إلى مجلس القضاء فلا بد من الإثابة والتحصيل ولم يوجد (وكذا لو سمعه يشهد الشاهد على شهادته لم يسع السامع أن يشهد) لأنه ماحله وإما حمل غيره : (ولا يجوز للشاهد إذا رأى خطه أن يشهد إلا أن يتذكر الشهادة) لأن الخط يشبه الخط فلم يحصل العلم ، قيل هذا على قول أبي حنيفة رحمه الله . وعندها يحمل له أن يشهد ، وقيل هذا بالاتفاق ، وإنما اختلف فيها إذا وجد القاضي شهادته في ديوانه أو قضيته لأن ما يكون في أقطره فهو تحت ختمه يؤمن عليه من الزيادة والنقصان فحصل له العلم بذلك ولا كذلك الشهادة في البصك لأنه في بد غيره ، وعلى هذا إذا تذكر المجلس الذي كان فيه الشهادة أو أخبره قوم ممن يثق بهم أننا شهدنا نحن وأنت .

قال (ولا يجوز للشاهد أن يشهد بشيء لم يعاينه إلا في النسب والموت والنكاح والدخول وولاية القاضي فإنه يسمعه أن يشهد بهذه الأشياء إذا أخبره بها من يثق به) وهذا استحسان والقياس أن لا يجوز لأن الشهادة مشقة من المباشرة وذلك بالعلم ولم يحصل نصار كالبيع . وجه الاستحسان أن هذه أمور تختص بمعاينة أسبابها خواص من الناس ويعلق بها أحكام تبقى على انقضاء القرون ، فلم تقبل فيها الشهادة بالتسامع أدى إلى الحرج وتحليل الأحكام ، بخلاف البيع لأنه يسمعه كل أحد وإنما يجوز للشاهد أن يشهد بالاشتهار وذلك بالتواتر أو باخبار من يثق به كما قال في الكتاب : ويشترط أن يخبره رجلان عدلان أو رجل وامرأتان ليحصل له نوع علم ، وقيل في الموت يكفي باخبار واحد أو واحدة لأنه قليلة يلاحظ حاله غير الواحد إذ الإنسان يباهه ويكرهه فيكون في اشتراط العدد بعض الحرج ولا كذلك النسب والنكاح ، وينبغي أن يطلق أداء الشهادة ولا يفسر ، أما إذا فسر للقاضي أنه يشهد بالتسامع لم تقبل شهادته كما أن معاينة اليد في الإتيان تطلق الشهادة ، ثم إذا فسر لا تقبل كلها هذا ، وكذا لو رأى إنسانا مجلس القضاء يدخل عليه الخصوم حل له أن يشهد على كونه قاضيا ، وكذا إذا رأى رجلا وامرأة يسكتان بيتا وينبسط كل واحد منهما إلى الآخر انبساط الأزواج . كما إذا رأى جينا في بد غيره . ومن شهد أنه شهد دفن فلان أو صلى على جنازته فهو معاينة حتى لو فسر للقاضي قبله ثم قصر الاستثناء في الكلاب

على هذه الأشياء الخمسة يتقن اعتبار التسامع في الولاء والوقف . وعن أبي يوسف رحمه الله أخيراً أنه يجوز في الولاء لأنه بمنزلة النسب ، لقوله عليه الصلاة والسلام : الولاء لحمه كلحمته النسب ، وعن محمد رحمه الله أنه يجوز في الوقف ، لأنه يبقى على مرّ الأعصار إلا أنا نقول الولاء يمتن على زوال الملك ولا بد فيه من المأينة فكأنما فيها يمتن عليه ، وأما الوقف فالصحيح أنه تقبل الشهادة بالتسامع في أصله دون شرائطه ، لأن أصله هو الذي يشتر .

قال (ومن كان في يده شيء سوى العبد والأمة وسعك أن تشهد أنه له) لأن اليد أقصى ما يستدل به على الملك إذ معنى مرجح الدلالة في الأسباب كلها فيكفي بها . وعن أبي يوسف رحمه الله أنه يشترط مع ذلك أن يقع في قلبه أنه له ، قالوا : ويجعل أن يكون هذا تفسيراً لإطلاق محمد رحمه الله في الرواية فيكون شرطاً على الاتفاق ،

وقال الشافعي رحمه الله : دليل الملك اليد مع التصرف ، وبه قال بعض مشايخنا رحمهم الله لأن اليد متنوعة إلى إتيان ملك . قلنا والتصرف يقتضيه أيضاً إلى نيابة وأصالة . ثم المسئلة على وجوه : إن عاب المالك الملك حل له أن يشهد ، وكلنا إذا حابن الملك بجلوده دون المالك استحسننا ، لأن النسب يثبت بالتسامع فيحصل معرفته ، وإن لم يعاينها أو عابن المالك دون الملك لا يعمل له .

وأما العبد والأمة فإن كان يعرف أنهما رقيقان فكل ذلك لأن الرقيق لا يكون في يد نفسه ، وإن كان لا يعرف أنهما رقيقان إلا أنهما صغيران لا يعبران عن أنفسهما فكل ذلك لأنه لا يد لهما ، وإن كانا كبيرين فذلك مصرف الاستثناء ، لأن لهما يدا على أنفسهما فيبلغ يد الغير عنهما فانعدم دليل الملك . وعن أبي حنيفة رحمه الله أنه يحل له أن يشهد بهما أيضاً اعتباراً بالثياب والفرق ما بيناه ، والله أعلم بالصواب .

باب من تقبل شهادته ومن لا تقبل

قال (ولا تقبل شهادة الأعمى) وقال زفر رحمه الله : وهو رواية عن أبي حنيفة رحمه الله تقبل فيما يجري فيه التسامع ، لأن الحاجة فيه إلى السماع ولا خلل فيه . وقال أبو يوسف والشافعي رحمهما الله : يجوز إذا كان بصيراً وقت التحمل لحصول العلم بالمأينة ، والأداة ينحص بالقول ولسانه خير موفٍ . والتبرع يحصل بالنسبة كما في الشهادة على

الميت . ولنا أن الأداء يقتضي التميز بالإشارة بين المشهود له والمشهود عليه ولا يميز الأحمى إلا بالنسبة ، وفيه شبهة يمكن التحرز عنها بجنس الشهود والنسبة لتعريف الغالب دون الحاضر فصار كالحدود والقصاص ، ولو عني بعد الأداء بمنع القضاء عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله ، لأن قيام الأهمية للشهادة شرط وقت القضاء لصيرورتها حجة عنده وقد بطلت وصار كما إذا خرص أو جن أو فسق ، بخلاف ما إذا ماتوا أو غابوا لأن الأهمية جالوت قد انتهت وبالعينة ما بطلت

قال (ولا المملوك) لأن الشهادة من باب الولاية وهو لا يلي نفسه فأولى أن لا تثبت له الولاية على غيره (ولا المملوك في القذف وإن تاب) لقوله تعالى - ولا تقبلوا لهم شهادة أبداً - ولأنه من تعلم الحد لكونه ما عاها فيبقى بعد التوبة كأصله بخلاف المملوك في غير القذف ، لأن الرد للمسئ وقد ارتفع بالتوبة . وقال الشافعي رحمه الله : تقبل إذا تاب لقوله تعالى - إلا الذين تابوا - استثنى التائب .

قلنا : الاستثناء ينصرف إلى ما يليه وهو قوله تعالى - وأولئك هم الفاسقون - أو هو استثناء مقطوع بمعنى لكن (ولو حد الكافر في قذف ثم أسلم تقبل شهادته) لأن للكافر شهادة فكأن ردعاً من تمام الحد ، وبالإسلام حدثت له شهادة أخرى بخلاف العبد إذا حد ، ثم أعتق لأنه لا شهادة للعبد أصلاً فقام حله يرد شهادته بعد العتق .

قال (ولا شهادة الوالد لولده وولد لولده ولا شهادة الولد لأبيه وأجداده) والأصل فيه قوله عليه الصلاة والسلام « لا تقبل شهادة الوالد لوالده ولا الوالد لولده ولا المرأة لزوجها ولا الزوج لمرأته ولا العبد لسيده ولا المولى لعبده ولا الأجير لمن استأجره ، ولأن المتافع بين الأولاد والآباء متصلة ، ولهذا لا يجوز أداء الزكاة إليهم فتكون شهادة لنفسه من وجه أو تتمكن فيه التهمة :

قال : والمراد بالأجير على ما قالوا التلميذ الخاص الذي يعد ضرر أستاذه ضرر نفسه ونفعه نفع نفسه ، وهو معنى قوله عليه الصلاة والسلام « لا شهادة لقانع بأهل البيت » وقيل المراد به الأجير مسانئة أو مشاهرة أو مياومة فيستوجب الأجر بمنازمة عند أداء الشهادة فيصير كالمتأجر عليها .

قال (ولا تقبل شهادة أحد الزوجين للآخر) وقال الشافعي رحمه الله : تقبل لأن الأملاك بينهما مديرة والأيدى متحمزة ، ولهذا يجري القصاص والحبس بالذين بينهما

ولا معتبر بما فيه من الضع لثبوته ضمنا كما في الغريم إذا شهد لمديونه المفسد . ولنا
 حاروناه ، ولأن الانتفاع متصل عادة وهو المقصود فيصير شاهدا لنفسه من وجه أو يصير
 حتما بخلاف شهادة الغريم لأنه لا ولاية له على المشهود به (ولا شهادة المولى لعبده) لأنه
 شهادة لنفسه من كل وجه إذا لم يكن على العبد دين أو من وجه إن كان عليه دين ، لأن
 الحال موقوف مراعى (ولا لمكاتبه) لما قلنا (ولا شهادة الشريك لشريكه فيها هو من
 شركتهما) لأنه شهادة لنفسه من وجه لاشتراكهما ، ولو شهد بما ليس من شركتهما تقبل
 لانقضاء التهمة (وتقبل شهادة الرجل لأخيه وعمه) لانعدام التهمة لأن الأملاك ومناقمها متباينة
 ولا بسوطة لبعضهم في مال البعض .

قال (ولا تقبل شهادة مخنث) ومراده المخنث في الردىء من الأفعال لأنه فاسق ، فأما
 الذى في كلامه لبن وفي أعضائه تكسر فهو مقبول الشهادة (ولا نائمة ولا مغنية) لأنهما
 يرتكبان محرما فإنه عليه الصلاة والسلام نهى عن الصوتين الأحمقين النائمة والمغنية . و
 قال (ولا مدمن الشرب على اللهو) لأنه ارتكب محرم دينه (ولا من يلعب بالطيور)
 لأنه يورث غفلة ، ولأنه قد يقف على عورات النساء بصموده على سطحه ليطير طيره ،
 وفي بعض النسخ : ولا من يلعب بالطنبور وهو المغنى .

قال (ولا من يغنى للناس) لأنه يجمع الناس على ارتكاب كبيرة .
 قال (ولا من يأبى بابا من الكبائر التى يتعلق بها الحد) للفسق .

قال (ولا من يدخل الحمام من غير إزار) لأن كشف العورة حرام (أو يأكل الربا
 أو يقامر بالردىء والشطرنج) لأن كل ذلك من الكبائر وكذلك من تقوته الصلاة للاشتغال
 بهما ، فأما مجرد اللعب بالشطرنج فليس يفسد بنفسه مانع من الشهادة لأن للاجتهاد فيه مسأفا ،
 وشرط في الأصل أن يكون آكل الربا مشهورا به لأن الإنسان قلما ينجو عن مباشرة
 العقود الفاسدة وكل ذلك ربا .

قال (ولا من يفعل الأفعال المستحقة كالبول على الطريق والأكل على الطريق)
 لأنه تارك للمروءة ، وإذا كان لا يستحى عن مثل ذلك لا يمتنع عن الكذب فيتهم (ولا تقبل
 شهادة من يظهر سب السلف) لظهور فسقه بخلاف من يكتمه (وتقبل شهادة أهل
 الأهواء إلا الخطائية) وقال الشافعى رحمه الله : لا تقبل ، ولأنه أغنظ وجوه الفسق . ولنا أنه

فمن من حيث الاعتقاد ، وما أوقعه فيه إلا تدينه به وصار كمن يشرب المثلث أو يأكل متروك النسبة حامدا متبيحا لذلك ، بخلاف الفسق من حيث التعامل .

أما الخطائية فهم قوم من غلاة الروافض يعتقدون الشهادة لكل من حلف هتدهم ، وقيل يرون الشهادة لشيعةهم واجبة فتمكنت الهبة في شهادتهم لظهور فسقهم .

قال (وتقبل شهادة أهل الذمة بعضهم على بعض وإن اختلفت ملهم) وقال مالك والشافعي رحمهما الله : لا تقبل لأنه فاسق ، قال الله تعالى - والكافرون هم الظالمون - فيجب التوقف في خبره ، ولهذا لا تقبل شهادته على المسلم فصار كالمرتد . ولنا ما روى أن النبي عليه الصلاة والسلام أحاز شهادة النصارى بعضهم على بعض ، ولأنه من أهل الولاية على نفسه وأولاده الصغار فيكون من أهل الشهادة على جنسه ، والفسق من حيث الاعتقاد غير مانع لأنه يجنب ما يعتقده يحرم دينه ، والكذب محظور الأدبان كلها ، بخلاف المرتد لأنه لا ولاية له وبخلاف شهادة الذي على المسلم لأنه لا ولاية له بالإضافة إليه ولأنه يتقول عليه لأنه يغيظه قهره إياه ومثل الكفر وإن اختلف فلا قهر فلا يجعلهم البيظ على القول .

قال (ولا تقبل شهادة الحربي على الذي) أراد به موافقه أهل المستأمن لأنه لا ولاية له عليه ، لأن الذي من أهل دارنا وهو أهل حالته ، وتقبل شهادة الذي عليه كشهادة المسلم عليه وعلى الذي (وتقبل شهادة المستأمن بعضهم على بعض إذا كانوا من أهل دار واحدة ، فإن كانوا من دارين كالروم والترك لا تقبل) لأن اختلاف الدارين يقطع الولاية ، ولهذا يمنع التوارث بخلاف الذي لأنه من أهل دارنا ولا كذلك المستأمن (وإن كانت الحسانات أغلب من السيئات والرجل ممن يجنب الكبار قبل شهادته وإن لم يعمية) هذا هو الصحيح في حد العدالة المعتبرة إذ لا بد من توثق الكبار كلها وبعد ذلك يعتبر الغالب كما ذكرناه فأما الإمام بعمية لا تنقدح به العدالة المشروطة فلا ترد به الشهادة المشروعة لأن في اعتبار اجتنابه الكل مديابه وهو مفتوح إحياء للحقوق .

قال (وتقبل شهادة الأقلف) لأنه لا يخل بالعدالة إلا إذا تركه استخفا بالدين ، لأنه لم يبق بهذا المنيع عدلا (وانلمص) لأن عروضي الله عنه قبل شهادة عاقمة النلمص ولأنه قطع عضوته ظلما فصار كما إذا قطعت يده (وولد الزنا) لأن فسق الأبوين لا يوجب فسق الولد ككفرهما وهو مسلم .

وقال مالك رحمه الله : لا تقبل في الزنا لأنه يجب أن يكون غيره كمنه فيهم . قلنا العدل لا يختار ذلك ولا يستجبه والكلام في العدل .

قال (وشهادة الخنثى جائزة) لأنه رجل أو امرأة وشهادة الجنسين مقبولة بالنص (وشهادة العمال جائزة) والمراد عمال السلطان عند عامة المشايخ لأن نفس العمل ليس بفسق إلا إذا كانوا أعوانا على الظلم . وقيل العامل إذا كان وجيبا في الناس ذا مروءة لا يجازف في كلامه تقبل شهادته كما مر عن أبي يوسف رحمه الله في الفاسق ، لأنه لو جاهدته لا يقدم على الكذب حفظا للمروءة ، ولمهايته لا يستأجر على الشهادة الكاذبة .

قال (وإذا شهد الرجلان أن أباهما أوصى إلى فلان والوصى يدعى ذلك فهو جائز استحسانا وإن أنكر الوصى لم يجز) وفي القياس لا يجوز وإن ادعى ، وعلى هذا إذا شهد الموصى لهما بذلك أو غريمان لهما على الميت دين أو للميت عليهما دين أو شهد الوصيان أنه أوصى إلى هذا الرجل معهما . وجه القياس أنها شهادة للشاهد لعدم المنفعة إليه . وجه الاستحسان أن للقاضي ولاية نصب الوصى إذا كان طالبا والموت معروف ، فيكنى القاضي بهذه الشهادة مؤنة التعيين لا أن يثبت بها شيء فصار كالقرعة ، والوصيان إذا أقر أن معهما ثالث يملك القاضي نصب ثالث معهما لمعجزهما عن التصرف باعتبارهما ، بخلافهما إذا أنكرا ولم يعرف الموت لأنه ليس له ولاية نصب الوصى فتكون الشهادة هي الموجبة ، وفي الفريقين للميت عليهما دين تقبل الشهادة وإن لم يكن الموت معروفا لأنهما يقران على أنفسهما فيثبت الموت باعتبارهما في حقهما (وإن شهدا أن أباهما الغائب وكله بقبض ديونه بالكوفة فدعى الوكيل أو أنكره لا تقبل شهادتهما) لأن القاضي لا يملك نصب الوكيل عن الغائب ، فلوثبت إنما يثبت بشهادتهما وهي غير موجبة لمكان النية .

قال (ولا يسمع القاضي الشهادة على جرح مجرد ولا يحكم بذلك) لأن الفسق مما لا يدخل تحت الحكم لأن له الدفع بالتوبة فلا يتحقق الإلزام ولأنه هتك السر والستر واجب والإشاعة حرام ، وأغاييرخص ضرورة إحياء الحقوق وذلك فيما يدخل تحت الحكم (إلا إذا شهدوا على إقرار المدعى بذلك تقبل) لأن الإقرار مما يدخل تحت الحكم .

قال (ولو أقام المدعى عليه البينة أن المدعى استأجر الشهود لم تقبل) لأنه شهادة على جرح مجرد ، والاستئجار وإن كان أمرا رائدا عليه فلا خصم في إثباته لأن المدعى عليه في ذلك أجنبي عنه ، حتى لو أقام المدعى عليه البينة أن المدعى استأجر الشهود بمنزلة

هراهم ليؤدوا الشهادة وأعطاهم العشرة من مالى الذى كان فى يده تقبل لأنه خصم فى ذلك ثم بيئت الجرح بناء عليه ، وكذا إذا أقامها على أنى صالحت هؤلاء الشهود على كذا من المال ودفعته إليهم على أن لا يشهدوا على بهذا الباطل ، وقد شهدوا وطالبهم برد ذلك المال ، ولهذا قلنا إنه لو أقام البيعة أن الشاهد حيد أو محدود فى قذف أو شارب خمر أو قاذف أو شريك المدعى تقبل .

قال (ومن شهد ولم يبرح حتى قال أو هت بعض شهادتى ، فإن كان عدلا جازت شهادته) ومضى قوله أو هت : أى أخطأت بنسيان ما كان يحق على ذكره أو بزيادة كانت باطلة . ووجهه أن الشاهد قد يبتلى بمثله لمهابة مجلس القضاء فكان العذر واضحاً فتقبل إذا تداركه فى أوامه وهو عدل ، بخلاف ما إذا قام عن المجلس ثم عاد وقال : أو هت لأنه يومه الزيادة من المدعى بتلبيس وخيانة فوجب الاحتياط ، ولأن المجلس إذا انحدر حتى الملحق بأصل الشهادة فصار كلام واحد ولا كذلك إذا اختلف ، وعلى هذا إذا وقع الخلط فى بعض الحدود أو فى بعض النسب ، وهذا إذا كان موضع شبهة فأما إذا لم يكن فلا بأس بإعادة الكلام أصلاً مثل أن يدع لقطة الشهادة وما يجرى مجرى ذلك ، وإن قام عن المجلس بعد أن يكون عدلاً . وعن أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله أنه يقبل قوله فى غير المجلس إذا كان عدلاً ، والظاهر ما ذكرناه والله أعلم .

باب الاختلاف فى الشهادة

قال (الشهادة إذا وافقت الدعوى قبلت وإن خالفتها لم تقبل) لأن تقدم الدعوى فى حقوق العباد شرط قبول الشهادة وقد وجدت فيها يوافقها وانصحت فيها بخالفها . قال (ويعتبر اتفاق الشاهدين فى اللفظ والمعنى عند أبى حنيفة رحمه الله ، فإن شهد أحدهما بألف والآخر بألفين لم تقبل الشهادة عنده . وعندهما تقبل على الألف إذا كان للمدعى يدعى الألفين) وعلى هذا المائة والمائتان والطفقة والطفقتان والطفقة وثلاث : هما أنهما اتفقا على الألف أو الطفقة وتفرد أحدهما بالزيادة فيثبت ما اجتمعا عليه دون ما تفرد به أحدهما فصار كالألف والألف والخمسة . ولأبى حنيفة رحمه الله أنهم اختلفوا لفظاً ، وذلك يدل على اختلاف المعنى لأنه يستفاد باللفظ وهذا لأن الألف لا يعبر به عن الألفين بل هما جملتان متباينتان فحصل على كل واحد منهما شاهد واحد فصار كما إذا اختلف جنس المال :

قال (وإذا شهد أحدهما بألف والآخر بألف وخمسة والمدمى يدهى ألفا وخمسة)
 قبلت الشهادة على الألف (لانفاق الشاهدين عليها لفظا ومعنى ، لأن الألف والخمسة
 جلتان حفظت إحداها على الأخرى والمطف يقرر الأول ونظيره الطلقة والطلاق والنصف
 والمائة والمائة والخمسون بخلاف العشرة والخمسة عشر ، لأنه ليس بينهما حرف المطف
 فهو نظير الألف والألفين (وإن قال المدعى لم يكن لي عليه إلا الألف فشهادة المدعى
 شهد بالألف والخمسة باطلة) لأنه كذبه المدعى في المشهود به وكذا إذا سكنت إلا من
 دهوى الألف لأن التكليب ظاهر فلا بد من التوفيق ، ولو قال : كان أصل حتى ألفا
 وخمسة ولكن استوفيت خمسة أو أرأته عنها قبلت لتوفيقه .

قال (وإذا شهدا بألف وقال أحدهما قضاء منها خمسة قبلت شهادتهما بالألف)
 لانفاقهما عليه (ولم يسمع قوله أنه قضاء) لأنه شهادة فرد (إلا أن يشهد معه آخر)
 ومن أبى يوسف رحمه الله أنه يقضى بخمسة ، لأن شاهد القضاء مضمون شهادته أن لا دين
 إلا خمسة وجوابه ما قلنا .

قال (وينبغي للشاهد) إذا علم بذلك (أن لا يشهد بألف حتى يقر المدعى أنه قبض
 خمسة) كيلا يصير معينا على الظلم (وفي الجامع الصغير : رجلان شهدا على رجل بقرضه
 ألف درهم فشهد أحدهما أنه قد قضاها فالشهادة جائزة على القرض) لانفاقهما عليه ،
 وتفرد أحدهما بالقضاء على ما يباي ، وذكر الطحاوي عن أصحابنا أنه لا تقبل وهو قول زفر
 رحمه الله لأن المدعى أ كذب شاهد القضاء . قلنا هذا إكذاب في غير المشهود به الأول
 وهو القرض ومثله لا يمنع القبول .

قال (وإذا شهد شاهدان أنه قتل زيدا يوم النحر بمكة وشهد آخران أنه قتله يوم
 النحر بالكوفة واجتمعوا عند الحاكم لم يقبل الشهادتين) لأن إحداها كاذبة يتيقن وليست
 إحداها بأولى من الأخرى (فإذن سبقت إحداها وقضى بها ثم حضرت الأخرى لم تقبل)
 لأن الأولى قد ترجحت بانتقال القضاء بها فلا تنتقض بالثانية .

(وإذا شهدا على رجل أنه سرق بقرة واختلغا في لونها قطع ، وإن قال أحدهما
 بقرة والآخر ثورا لم يقطع) وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله (وقالا لا يقطع في الوجهين)
 جميعا ، وقيل الاختلاف في لونين يتشابهان كالسواد والحمرة لاني السواد والبيضاء ، وقيل
 هو في جميع الألوان . لهما أن السرقة في السوداء غيرها في البيضاء ، فلم يتم على كل فعل

حساب الشهادة ، وصار كالنصب بل أولى لأن أمر الحد أهم فصار كالذكورة والأثوة وله أن التوفيق ممكن ، لأن التحمل في الليل من بعد واللون يتشابهان أو يجتمعان في واحد فيكون السواد من جانب وهذا يصره والبياض من جانب آخر وهذا الآخر يشاهده ، بخلاف النصب لأن التحمل فيه بالنهار على قرب منه والذكورة والأثوة لا يجتمعان في واحدة وكلنا الوقوف على ذلك بالقرب منه فلا يشبه .

قال (ومن شهد لرجل أنه اشترى عبدا من فلان بألف وشهد آخر أنه اشتراه بألف وخمسةائة فالشهادة باطلة) لأن المقصود إثبات السبب وهو العقد ، ويختلف باختلاف الفهم فاختلف المشهود به ، ولم يتم العمد على كل واحد ، ولأن المدعى يكذب أحد شاهديه وكذلك إذا كان المدعى هو البائع ولا فرق بين أن يدعى المدعى أقل المائتين أو أكثرهما لما بيننا (وكذلك الكتابة) لأن المقصود هو العقد إن كان المدعى هو العبد فظاهر وكلنا إذا كان هو المولى لأن المتق لا يثبت قبل الأداء فكان المقصود إثبات السبب (وكذا الخلع والإعتاق على مال والصلح عن دم العمد إذا كان المدعى هو المرأة أو العبد أو القاتل) لأن المقصود إثبات العقد والحاجة ماسة إليه وإن كانت الدعوى من جانب آخر ، فهو بمنزلة دعوى الدين فيما ذكرنا من الوجوه لأنه ثبت العفو والعق والطلاق باعتبار صاحب الحق فيقضى الدعوى في الدين وفي الرهن إن كان المدعى هو الراهن لا يقبل لأنه لاحظ له في الرهن فمزيت الشهادة عن الدعوى ، وإن كان هو المرتهن فهو بمنزلة دعوى الدين ، وفي الاجارة إن كان ذلك في أول المدة فهو نظير البيع ، وإن كان بعد مضي المدة والمدعى هو الآخر فهو دعوى الدين .

قال (فأما النكاح فإنه يجوز بألف استحسانا وقالوا : هذا باطل في النكاح أيضا) وذكر في الأمالي قول أبي يوسف مع قول أبي حنيفة رحمهما الله . لما أن هذا اختلاف في العقد ، لأن المقصود من الجانبين السبب فأشبه البيع . ولأن حنيفة رحمه الله أن المال في النكاح تابع ، والأصل فيه الحل والازدواج والملك ولا اختلاف فيها هو الأصل فيثبت ، ثم إذا وقع الاختلاف في التبع يقضى بالأقل لاتفاقهما عليه ، ويستوى دعوى أقل المائتين أو أكثرهما في الصحيح ، ثم قبل الاختلاف فيها إذا كانت المرأة هي المدعية ، وفيها إذا كان المدعى هو الزوج لإجماع على أنه لا تقبل لأن مقصودها قد يكون المال ومقصوده ليس إلا العقد ، وقبل الاختلاف في الفصلين وهذا أصح ، والوجه ما ذكرناه والله أعلم .

فصل في الشهادة على الإرث

قال (ومن أقام بينة على دار أنها كانت لأبيه أعارها وأودعها الذي هي في يده فإنه يأخذها ولا يكلف البينة أنه مات وتركها ميراثا له) وأصله أنه متى ثبت ملك المورث لا يقضى به للوارث حتى يشهد الشهود أنه مات وتركها ميراثا له عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله ، خلافا لأبي يوسف رحمه الله . هو يقول إن ملك الوارث ملك المورث فصارت الشهادة بالملك للمورث شهادة به للوارث وهما يقولان إن ملك الوارث متجدد في حق العين حتى يجب عليه الاستبراء في الجارية الموروثة ويحل الوارث القنن ما كان صدقة على المورث **فتصير** ، فلا بد من النقل إلا أنه يكتفى بالشهادة على قيام ملك المورث وقت الموت لثبوت الانتقال ضرورة ، وكذا على قيام يده على ما نذكره إن شاء الله تعالى وقد وجدنا الشهادة على اليد في مسألة الكتاب لأن يد المستعير والمودع والمستأجر قائمة مقام يده فأغنى ذلك عن الجبر والنقل (وإن شهدوا أنها كانت في يد فلان مات وهي في يده جازت الشهادة) لأن الأيدي عند الموت تنقلب يد ملك بواسطة الضمان والأمانة تصير مضمونة بالجهيل فصار بمنزلة الشهادة على قيام ملكه وقت الموت (وإن قالوا لرجل حتى تشهد أنها كانت في يد المدعى منذ أشهر لم تقبل) وعن أبي يوسف رحمه الله أنها تقبل لأن اليد مقبوضة كالملك ، ولو شهدوا أنها كانت ملكه تقبل فكذا هذا فصار كما إذا شهدوا بالأخذ مع المدعى . وجه الظاهر وهو قولهما إن الشهادة قامت بجهول ، لأن اليد متفضية وهي متنوعة إلى ملك وأمانة وضمان فتعذر القضاء بإعادة المجهول بخلاف الملك لأنه معلوم غير مختلف ، وبخلاف الآخذ لأنه معلوم وحكمه معلوم وهو وجوب الرد ، ولأن يد ذي اليد معين ويد المدعى مشهود به ، وليس الخبر كالمعينة (وإن أقر بذلك المدعى عليه دفعت إلى المدعى) لأن الجهالة في المقر به لا تمنع صحة الإقرار (وإن شهد شاهدان أنه أقر أنها كانت في يد المدعى دفعت إليه) لأن المشهود به هنا الإقرار وهو معلوم .

باب الشهادة على الشهادة

قال (الشهادة على الشهادة جائزة في كل حق لا يسقط بالشبهة) وهذا استحسان لشدة الحاجة إليها إذ شاهد الأصل قد يعجز عن أداء الشهادة لبعض العوارض ، قالو لم تجز للشهادة على الشهادة أدى إلى إتواء الحقوق ولعلنا جوزنا الشهادة على الشهادة وإن كثرت

إلا أن فيها شبهة من حيث البدلية أو من حيث إن فيها زيادة احتيال ، وقد أمكن الاحتراز عنه بمنح الشهود فلا تقبل فيما نندري بالشباب كالحذود والقصاص .

(ونجوز شهادة شاهدين على شهادة شاهدين) وقال الشافعي رحمه الله : لا يجوز إلا الأربع على كل أصل اثنان لأن كل شاهدين قائمان مقام شاهد واحد فصارا كالمرأتين .

ولنا قول على رضي الله عنه : لا يجوز على شهادة رجل إلا شهادة رجلين ، ولأن نقل شهادة الأصل من الحقوق فهما شهدا بحق ثم شهدا بحق آخر فتقبل (ولا تقبل شهادة واحد على شهادة واحد) لما روينا وهو حجة على مالك رحمه الله ولأنه حق من الحقوق فلا بد من نصاب الشهادة .

(وصفة الإشهاد أن يقول الأصل لشاهد الفرع : أشهد على شهادتي أني أشهد أن فلان بن فلان أقر عندى بكذا وأشهدني على نفسه) لأن الفرع كالتائب عنه فلا بد من التحميل والتوكيل على مامر ولا بد أن يشهد كما يشهد عند القاضي لينقله إلى مجلس القضاء (وإن لم يقل أشهدني على نفسه جاز) لأن من سمع إقرار غيره حل له الشهادة وإن لم يقل له أشهد (ويقول شاهد الفرع عند الأداء أشهد أن فلانا أشهدني على شهادته أن فلانا أقر عنده بكذا وقال لي أشهد على شهادتي بذلك) لأنه لا بد من شهادته ، وذكر شهادة الأصل وذكر التحميل ولما لفظ أطول من هذا وأقصر منه وغير الأمور أوسطها (ومن قال أشهدني فلان على نفسه لم يشهد السامع على شهادته حتى يقول له أشهد على شهادتي) لأنه لا بد من التحميل وهنا ظاهر عند محمد لأن القضاء عنده بشهادة الفروع والأصول جميعا حتى اشتركوا في الضمان عند الرجوع وكذا عندهما لأنه لا بد من نقل شهادة الأصول لتصير حجة فيظهر تحصيل مامر حجة .

قال (ولا تقبل شهادة شهود الفرع إلا أن يموت شهود الأصل أو يضيوا مسيرة ثلاثة أيام فصاعدا أو يمرضوا مرضا لا يستطيعون معه حضور مجلس الحاكم) لأن جوازها للحاجة وإنما تمس عند عجز الأصل وبهذه الأشياء يتحقق العجز ، وإنما اعتبرنا السفر لأن المهرج بعد المسافة ومدّة السفر بعيدة حكما حتى أدير عليها عدة من الأحكام فكذا سبيل هذا الحكم ، وعن أبي يوسف رحمه الله أنه إن كان في مكان لو غدا لأداء الشهادة لا يستطيع أن يهت في أهله صح الإشهاد لإحياء حقوق الناس قالوا الأول أحسن والثاني أرفق وبه أخذ فقهاء أبو القاسم .

قال (فإن عدل شهود الأصل شهود الفرع جاز) لأنهم من أهل التزكية (وكذا إذا شهد شاهدان فعدك أحدهما الآخر صح) لما قلنا غاية الأمر أن فيه منفعة له من حيث القضاء بشهادته لكن العدل لا يهتم بمثله كما لا يهتم في شهادة نفسه كيف وأن قوله مقبول في حق نفسه ، وإن ردت شهادة صاحبه فلا تهمة .

قال (وإن سكتوا عن تعديلهم جاز وينظر القاضي في حالهم) وهذا عند أبي يوسف رحمه الله ، وقال محمد رحمه الله : لا تقبل لأنه لا شهادة إلا بالعدالة فإذا لم يعرفوها لم يتقوا الشهادة فلا تقبل ، ولأبي يوسف رحمه الله أن المأخوذ عليهم النقل دون التعديل لأنه قد يحض عليهم وإذا نقلوا يتعرف القاضي العدالة كما إذا حضروا بأنفسهم وشهدوا .

قال (وإن أنكر شهود الأصل الشهادة لم تقبل شهادة شهود الفرع) لأن التحميل لم يثبت للعارض بين الخبرين وهو شرط (وإذا شهد رجلان على شهادة رجلين على فلاتة بنت فلان الفلاتية بألف درهم وقال أخيرا أنها يعرفانها فجاء بامرأة ، وقال لا تدري أمي هذه أم لا فإنه يقال للمدعى هات شاهدين يشهدان أنها فلاتة) لأن الشهادة على المعرفة بالنسبة قد تحققت ، والمدعى يدعى الحق على الحاضرة ولعلها غيرها فلا بد من تعريضها بتلك النسبة ونظير هذا إذا تحملوا الشهادة ببيع معدودة بذكر حدودها وشهدوا على المشتري لا بد من آخرين يشهدان على أن الحدود بها في يد المدعى عليه وكذا إذا أنكر المدعى عليه أن الحدود المذكورة في الشهادة حدود ما في يده .

قال (وكذا كتاب القاضي إلى القاضي) لأنه في معنى الشهادة على الشهادة إلا أن القاضي لكمال ديانته ووفور ولايته يغرد بالنقل (ولو قالوا في هذين البابين التيمية لم يجوز حتى ينسبوا إلى فخذها) وهي القبيلة الخاصة وهذا لأن التعريف لا بد منه في هذا ، ولا يحصل بالنسبة إلى العامة وهي عامة بالنسبة إلى بني تميم لأنهم قوم لا يحصون ويحصل بالنسبة إلى الفخذ لأنها خاصة وقيل الفرغانية نسبة عامة والأوزجندية خاصة ، وقيل السمرقندية والبخارية عامة ، وقيل إلى السكة الصغيرة خاصة وإلى الخنة الكبيرة والمصر عامة ، ثم التعريف ، وإن كان يتم بذكر الجلد عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله خلافاً لأبي يوسف رحمه الله على ظاهر الروايات ، فذكر الفخذ يقوم مقام الجلد لأنه اسم الجلد الأهل فنزل منزلة الجلد الأدنى وانه أعلم .

فصل

(قال أبو حنيفة رحمه الله : شاهد الزور أشهره في السوق ولا أهزره . وقالوا : نوجسه ضربا ونحبسه) وهو قول الشافعي رحمه الله ، لما ماروى عن عمر رضي الله عنه أنه ضرب شاهد الزور أربعين سوطا وصمخ وجهه ، ولأن هذه كبيرة يتعلق ضررها إلى العباد ، وليس فيها حد . فميز ، وله إن شريحا كان يشهره ولا يضرب ، ولأن الأزجار يحصل بالتشهير فيكتفى به والضرب وإن كان مبالغة في الزجر ، ولكنه يقع مانعا عن الرجوع فوجب التخفيف نظرا إلى هذا الوجه وحديث عمر رضي الله عنه محمول على السياسة بدلالة التبليغ إلى الأربعين والتسخيم ، ثم تفسير التشهير منقول عن شريح رحمه الله فإنه كان يبعثه إلى سوقه إن كان سوقيا وإلى قومه إن كان غير سوق بعد العصر أجمع ما كانوا ، ويقول إن شريحا يقرأ عليكم السلام ويقول : إنا وجدنا هذا شاهد زور فاحذروه وحذروا الناس منه وذكر شمس الأئمة : السرخسي رحمه الله أنه يشهر عندهما أيضا ، والتعزير والحبس على قدر ما يراه القاضي عندهما وكيفية التعزير ما ذكرناه في الحدود .)

(وفي الجامع الصغير : شاهدان أقرأ أنهما شهدا بزور لم يضربا ، وقالوا : يعززان) وفائدته : أن شاهد الزور في حق ما ذكرناه من الحكم هو المقول على نفسه بذلك فأما لا طريق إلى إثبات ذلك بالينة ، لأنه نقي للشهادة والبيئات للآثبات ، والله أعلم بالصواب وإليه المرجع والمآب .

كتاب الرجوع عن الشهادة

قال (وإذا رجع الشهود عن شهادتهم قبل الحكم بها سقطت) لأن الحق إنما يثبت بالقضاء والقاضي لا يقضى بكلام متناقض (ولا ضمان عليهما) لأنهما ما أنفعا شيئا لاعلى المدعى ولا على المدعى عليه (فإن حكم بشهادتهم ثم رجعوا لم يفسخ الحكم) لأن آخر كلامهم يتناقض أوله فلا ينقض الحكم بالتناقض ، ولأنه في الدلالة على الصدق مثل الأول وقد ترجع الأول بانصال القضاء به (وعليهم ضمان ما أنفقوه بشهادتهم) لإقرارهم على أنفسهم بسبب الضمان ، والتناقض لا يمنع صحة الإقرار واستقرره من بعد إن شاء الله تعالى .

(ولا يصح الرجوع إلا بحضرة الحاكم) لأنه فسخ للشهادة فيختص بما تختص به

الشهادة من المجلس وهو مجلس القاضى أى قاض كان ، ولأن الرجوع توبة والتوبة على حسب الجناية فالسر بالسر والإعلان بالإعلان، وإذا لم يصح الرجوع فى غير مجلس القاضى فلو ادعى المشهود عليه رجوعهما وأراد يمينهما لا يحلفان ، وكذا لا تقبل بيته عليهما لأنه ادعى رجوعا باطلا حتى لو أقام اليانة أنه رجع عند قاضى كذا وضمنه المال تقبل ، لأن السبب صحيح (وإذا شهد شاهدان بمال فحكم الحاكم به ثم رجعا ضمننا المال للمشهود عليه) لأن التسبب على وجه التعدى سبب الضمان كحافر البئر ، وقد سبوا للاتلاف تعدياً ، وقال الشافعى رحمه الله : لا يضمنان لأنه لا عبرة للتسبب عند وجود المباشرة . قلنا نعلم إيجاب الضمان على المباشر وهو القاضى ، لأنه كالمجأ إلى القضاء ، وفى إيجابه صرف الناس من نقله وتعلم استيفاءه من المدعى ، لأن الحكم ماضى ، فاعتبر التسبب وإنما يضمنان إذا قبض المدعى المال ديناً كان أو عيناً لأن الاتلاف به يتحقق ولأنه لا مائة بين أخذ العين والزام الدين .

قال (فإن رجع أحدهما ضمن النصف) والأصل أن المعتبر فى هذا بقاء من بقى لارجوع من رجع ، وقد بقى من يبنى بشهادته نصف الحق (وإن شهد بالمال ثلاثة فرجع أحدهم فلا ضمان عليه) لأنه بقى من يبنى بشهادته كل الحق ، وهذا لأن الاستحقاق باق بالحجة والخلف متى استحق سقط الضمان فأولى أن يمنع (فإن رجع آخر ضمن الراجعان نصف الحق) لأن بقاء أحدهم يبنى نصف الحق (وإن شهد رجل وامرأتان فرجعت امرأة ضمن رجع الحق) لبقاء ثلاثة الأرباع بقاء من بقى (وإن رجعتا ضمننا نصف الحق) لأن شهادة الرجل بقى نصف الحق (وإن شهد رجل وعشر نساء ثم رجع ثمان فلا ضمان عليهن) لأنه بقى من يبنى بشهادته كل الحق (فإن رجعت أخرى كان عليهن ربع الحق) لأنه بقى النصف بشهادة الرجل والربع بشهادة الباقية فى ثلثة الأرباع (وإن رجع الرجل والنساء فعل للرجل سلس الحق ، وعمل للنساء خمسة أسداسه عند أبى حنيفة رحمه الله ، وقالوا : على للرجل النصف ، وعمل للنساء النصف) لأنهن وإن كثرن يقمن مقام رجل واحد ، ولهذا لا تقبل شهادتهن إلا باتضمام رجل واحد .

ولأبى حنيفة رحمه الله أن كل امرأتين قامتا مقام رجل واحد . قال عليه الصلاة والسلام فى نقصان عقليهن : « عدلت شهادة اثنتين منهن » شهادة رجل واحد ، فصار كما إذا شهد بذلك ستة رجال ثم رجعوا (وإن رجع النورة العشرة دون الرجل كان عليهن نصف الحق على التولين) لما قلنا .

(ولو شهد رجلان وامرأة بمال ثم رجعا فالضمان عليهما دون المرأة) لأن الواحدة ليست بشاهدة بل هي بعضي الشاهد فلا يضاف إليه الحكم.

قال (وإن شهد شاهدان على امرأة بالنكاح بمقدار مهر مثلها ثم رجعا فلا ضمان عليهما وكذلك إذا شهدا بأقل من مهر مثلها) لأن منافع البضع غير متقومة عند الإنطلاف ؛ لأن المتضمن يستدعي المائلة على ما عرف وإنما تضمن وتقوم بالمثل لأنها تصير متقومة ضرورة الملك إبانة لخطر الحمل (وكذلك إذا شهدا على رجل بزواج امرأة بمقدار مهر مثلها) لأنه إنطلاف بعوض لما أن البضع متقوم حال الدخول في الملك والإنطلاف بعوض كلا إنطلاف ، وهذا لأن مبنى الضمان على المائلة ولا مماثلة بين الإنطلاف بعوض وبينه بفير عوض (وإن شهدا بأكثر من مهر المثل ثم رجعا ضمننا الزيادة) لأنها أنماها من غير عوض .

قال (وإن شهدا ببيع شيء بمثل القبية أو أكثر ثم رجعا لم يضمننا) لأنه ليس بإنطلاف معنى نظرا إلى العوض (وإن كان بأقل من القيمة ضمننا النقصان) لأنها أنلغا هذا الجزء بلا عوض ، ولا فرق بين أن يكون البيع بانا أو فيه خيار البائع ، لأن السبب هو البيع السابق ، فيضاف الحكم عند سقوط الخيار إليه فيضاف التلف إليهم (وإن شهدا على رجل أنه طلق امرأته قبل الدخول بها ثم رجعا ضمننا نصف المهر) لأنها أكدا ضمانا على شرف السقوط ، ألا ترى أنها لو طاعت ابن الزوج أو ارتدت سقط المهر أصلا ، ولأن الفرقه قبل الدخول في معنى الفسخ ، فيوجب سقوط جميع المهر كما مر في النكاح ثم يجب نصف المهر ابتداء بطريق المتعة فكان واجبا بشهادتهما .

قال (وإن شهدا على أنه أعق عبده ثم رجعا ضمننا قيمته) لأنها أنلغا مائة العبد عليه من غير عوض والولاء للمعتق لأن العتق لا يتحول إليهما بهذا الضمان فلا يتحول الولاء إليهما (وإن شهدوا بقصاص ، ثم رجعا بعد القتل ضمنوا الدية ولا يقتص منهم) وقال الشافعي : يقتص منهم لوجود القتل منهم تسييا فأشبه المكره بل أولى ، لأن الولي يعان والمكره يمنع . ولذا أن القتل مباشرة لم يوجد وكذا تسييا ، لأن التسييب ما يفضى إليه غالبا وههنا لا يفضى ، لأن العفو مندوب بخلاف المكره لأنه يؤثر حياته ظاهرا ولأن الفعل الاختياري مما يقطع القسبة ثم لا أقل من الشبهة وهي دائرة للقصاص ، بخلاف المال لأنه يثبت مع الشبهة والباقي يعرف في المختلف .

قال (وإذا رجع شهود القرع ضمنوا) لأن الشهادة في مجلس القضاء صدرت منهم ،

فكان التلف مضاعفا إليهم (ولورجع شهود الأصل ، وقالوا لم نشهد شهود الفرع على شهادتنا فلا ضمان عليهم) لأنهم أنكروا السبب وهو الإشهاد ، فلا يطل القضاء ، لأنه خبر محتمل فصار كرجوع الشاهد بخلاف ما قبل القضاء (وإن قالوا : أشهدناهم وغلطنا ضمنوا ، وهذا عند محمد رحمه الله ، وعند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله : لا ضمان عليهم) لأن القضاء وقع بشهادة الفروع لأن القاضى يقضى بما يعاين من الحجة وهي شهادتهم ، وله أن الفروع نقلوا شهادة الأصول فصار كأنهم حضروا (ولورجع الأصول والفروع جميعا يجب الضمان عندهما على الفروع لا غير) لأن القضاء وقع بشهادتهم ، وعند محمد رحمه الله المشهود عليه بالخيار إن شاء ضمن الأصول وإن شاء ضمن الفروع . لأن القضاء وقع بشهادة الفروع من الوجه الذى ذكرنا وبشهادة الأصول من الوجه الذى ذكر ، فيتخير بينهما والجهتان متغايرتان فلا يجمع بينهما فى التضمن (وإن قال شهود الفرع كذب شهود الأصل أو غلطوا فى شهادتهم لم يلتفت إلى ذلك) لأن ما أضاف من القضاء لا ينتقض بقولكم ، ولا يجب الضمان عليهم لأنهم مارجعوا عن شهادتهم إنما شهدوا على غيرهم بالرجوع .

قال (وإن رجع المزكون عن التزكية ضمنوا ، وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله ، وقالوا لا يضمنون) لأنهم أثبتوا على الشهود خبرا فصاروا كشهود الإحصان ، وله أن التزكية إعمال للشهادة إذ القاضى لا يعمل بها إلا بالتزكية ، فصارت بمعنى علة العلة بخلاف شهود الإحصان ، لأنه شرط محض (وإذا شهد شاهدان باليمين وشاهدان بوجود الشرط ثم رجعا ، فالضمان على شهود اليمين خاصة) لأنه هو السبب والتلف يضاف إلى مثنى السبب دون الشرط المحض ، ألا ترى أن القاضى يقضى بشهادة اليمين دون شهود الشرط ، ولورجع شهود الشرط وحدهم اختلف المشايخ فيه ومعنى المسئلة يمين المتفق والطلاق قبل الدخول ٥

كتاب الوكالة

قال (كل عقد جاز أن يفقده الإنسان بنفسه جاز أن يوكل به غيره) لأن الإنسان قد يعجز عن المباشرة بنفسه على اعتبار بعض الأحوال ، فيحتاج إلى أن يوكل غيره ، ليكون بسبيل منه دفعا للحاجة وقد صرح أن النبي عليه الصلاة والسلام وكل بالشراء حكيم ابن حزام وبالتزويج عمر بن أم سلمة ورضي الله عنهما .

قال (ويجوز الوكالة بالخصومة في سائر الحقوق) لما قدمنا في الحاجة إذ ليس كل أحد يتدنى إلى وجوه الخصومات ؛ وقد صرح أن عليا رضي الله عنه وكل فيها حقيلا وبعد ما أسن وكل عبد الله بن جعفر رضي الله عنه (وكلنا بابائنا واستيفائنا إلا في الحدود والقصاص ، فإن الوكالة لا تصح باستيفائنا مع غيبة الموكل عن المجلس) لأنها تتدنى بالشبهات وشبه الغفوة ثابتة حال غيبة الموكل بل هو الظاهر للندب الشرعي ، بخلاف غيبة الشاهد لأن الظاهر عدم الرجوع ، وبخلاف حالة الحضرة لانقضاء هذه الشبهة ، وليس كل أحد يحسن الاستيفاء ، فلو منع عنه بنسب باب الاستيفاء أصلا ، وهذا الذي ذكرناه قوله أبي حنيفة رحمه الله .

(وقال أبو يوسف رحمه الله : لا يجوز الوكالة بإثبات الحدود والقصاص بإقامة الشهود أيضا) وعبد الله مع أبي حنيفة رحمه الله ، وقيل مع أبي يوسف رحمه الله ، وقيل هذا الاختلاف في غيبته دون حضرته لأن كلام الوكيل ينتقل إلى الموكل عند حضوره فصار كأنه متكلم بنفسه ، له أن التوكيل إذه وشبهة النيابة يتجوز عنها في هذا الباب (كما في الشهادة على الشهادة وكما في الاستيفاء) ولأبي حنيفة رحمه الله : أن الخصومة شرط محض لأن الوجوب مضاعف إلى الجنابة والظهور إلى الشهادة فيجوز فيه التوكيل كما في سائر الحقوق وعلى هذا الخلاف التوكيل بالجواب من جانب من عليه الحد والقصاص ، وكلام أبي حنيفة رحمه الله فيه أظهر لأن الشبهة لا تمنع الدفع غير أن إقرار الوكيل غير مقبول عليه لما فيه من شبهة عدم الأمر به .

(وقال أبو حنيفة رحمه الله : لا يجوز التوكيل بالخصومة من غير رضا الخصم إلا أن يكون الموكل مريضا أو غائبا مسيرة ثلاثة أيام فصاعدا ، وقالا : يجوز التوكيل بغير رضا الخصم) وهو قول الشافعي رحمه الله ، ولا خلاف في الجواز إنما الخلاف في الزوم . لهذا

أن التوكيل تصرف في خالص حقه ، فلا يتوقف على رضا غيره كالتوكيل بتقاضى الديون ، وله أن الجواب مستحق على الخصم ، ولهذا يستحضره والناس متفاوتون في الانحصومة ، فلو قلنا بلزومه بضرره به ، فيتوقف على رضا كالعبد المشترك إذا كاتبه أحدهما بتخير الآخر بخلاف المريض والمسافر لأن الجواب غير مستحق عليهما هناك ثم كما يلزم التوكيل عنده من المسافر يلزم إذا أراد السفر لتحقيق الضرورة ولو كانت المرأة مخدرة لم تجر عاداتها بالبروز وحضور مجلس الحكم . قال الرازي رحمه الله : يلزم التوكيل لأنها لو حضرت لا يمكنها أن تنطق بمقتها لحياثها فيلزم توكيلها . قال رضى الله عنه : وهذا شيء استحسنه المخاضرون .

قال (ومن شرط الوكالة أن يكون الموكل ممن يملك التصرف وتلزمه الأحكام) لأن الوكيل يملك التصرف من جهة الموكل فلا بد من أن يكون الموكل مالكا لملكه من غيره (و) يشترط أن يكون (الوكيل) ممن يعقل العقد ويقصده) لأنه يقوم مقام الموكل في العبارة فيشترط أن يكون من أهل العبارة حتى لو كان صبيلا يعقل أو مجنونا كان التوكيل باطلا (وإذا وكل الحر العاقل البالغ أو المأذون مثلها جاز) لأن الموكل مالك للتصرف والوكيل من أهل العبارة (وإن وكلا صبيلا مجبورا يعقل البيع والشراء أو عبدا مجبورا جاز ، ولا يتحقق بهما الحقوق ويتعلق بموكلهما) لأن الصبي من أهل العبارة . ألا ترى أنه ينفذ تصرفه بإذن وليه والعبد من أهل التصرف على نفسه مالك له ، وإنما لا يملكه في حق المولى ، والتوكيل ليس تصرفا في حقه إلا أنه لا يصح منهما التزام المهددة . أما الصبي فلتصور أهليته والعبد لحق سيده فتلزم الموكل ، وعن أبي يوسف رحمه الله أن المشتري إذا لم يعلم بحال البائع ثم علم أنه صبي أو مجنون أو مجبور له خيار الفسخ لأنه دخل في العقد على أن حقوقه تتعلق بالعقد ، فإذا ظهر خلافه بتخبره كما إذا عثر على عيب .

قال (والعقد الذى يقضه الوكلاء على ضربين كل عقد يقضيه الوكيل إلى نفسه كالبيع والاجارة فتحقوقه تتعلق بالوكيل دون الموكل) وقال الشافعى رحمه الله : تتعلق بالموكل ، لأن الحقوق تابعة لحكم التصرف والحكم وهو الملك يتعلق بالموكل فكذلك توابعه وصلى كالرسول والوكيل في النكاح . ولنا أن الوكيل هو العاقد حقيقة لأن العقد يقوم بالكلام وصحة عبارته لكونه آدميا وكذا حكما لأنه يستغنى عن إضافة العقد إلى الموكل ، ولو كان صغيرا عنه لما استغنى عن ذلك كالرسول ، وإذا كان كذلك كان أصيلا في الحقوق فتعلق به

ولهذا قال في الكتاب (يسلم المبيع ويقبض الثمن ويطلب الثمن إذا اشترى ويقبض المبيع ويخاصم في الميعوب ويخاصم فيه) لأن كل ذلك من الحقوق ، والمالك يثبت للموكل خلافه عنه اعتبارا للتوكيل السابق ، كالعبد يتهب ويعطى ويحطب هو الصحيح . قال رضى الله عنه : وفي مسألة الميعوب تفصيل نذكره إن شاء الله تعالى .

قال (وكل عقد يضيفه إلى موكله كالتكليف والخلع والصلح عن دم العمد ، فإن حقوقه تتعلق بالموكل دون الوكيل فلا يطلب وكيل الزوج بللمهر ولا يلزم وكيل المرأة تفليها) لأن الوكيل فيها سفير محض ، ألا ترى أنه لا يستقضى عن إضافة العقد إلى الموكل ولو أضافه إلى نفسه كان التكليف له نصار كالرسول ، وهذا لأن الحكم فيها لا يقبل الفصل عن السبب لأنه إسقاط ، فثلاثي فلا يتصور صدوره من شخص وثبوت حكمه لغيره فكان سفيراً ، والضرب الثاني من أحواله المقتضى على مال والكتابة والصلح على الإنكار فأما الصلح الذي هو جار مجرى البيع ، فهو من الضرب الأول ، والوكيل بالمعة والتصلق والإعارة والإيداع والرهن والإقراض سفير أيضاً ، لأن الحكم فيها يثبت بالقبض وأنه يلاق محلاً مملوكاً للغير فلا يجعل أصيلاً ، وكلما إذا كان الوكيل من جانب المتعص ، وكلما الفكرة والمضاربة إلا أن التوكيل بالاستغراض باطل حتى لا يثبت الملك للموكل بخلاف الرسالة فيه .

قال (وإذا طالب الموكل المشتري بالثمن فله أن يمنعه إياه) لأنه أجنبي عن العقد وحقوقه لا أن الحقوق إلى العاقد (فإن دفعه إليه جاز ولم يكن لوكيله أن يطالبه به ثانياً) لأن نفس الثمن المقبوض حقه وقد وصل إليه ، ولا فائدة في الأخذ منه ثم دفعه إليه ، ولهذا لو كان المشتري على الموكل دين يقع المقاصة ، ولو كان له عليه دين يقع المقاصة بدين الموكل أيضاً دون دين الوكيل ، ودين الوكيل إذا كان وحده إن كان يقع المقاصة عند أبي حنيفة . ومحمد رحمه الله : لما أنه يملك الإبراء عنه عندهما ولكنه يضمه للموكل في الفصلين .

باب الوكالة بالبيع والشراء

فصل في الشراء

قال (ومن وكل رجلا بشراء شيء فلا بد من تسمية جنسه وصفته أو جنسه ومبلغ ثمنه) ليصير الفعل الموكّل به معلوما فيمكنه الاتّجار (إلا أن يوكّله وكالة عامة فيقول ابتع لي ما رأيت) لأنه فوض الأمر إلى رأيه فأى شيء يشتريه يكون ممثلا ، والأصل فيه أن الجهةالة البسيطة تنحل في الوكالة كجهةالة الوصف استحسانا ، لأن مبنى التوكيل على التوسعة لأنه استعانة . وفي اعتبار هذا الشرط بعض الحرج وهو مدفوع (ثم إن كان اللفظ يجمع أجناسا أو ما هو معنى الأجناس لا يصح التوكيل وإن بين الثمن) لأن بذلك الثمن يوجد من كل جنس ، فلا بد من مراد الأمر لتفاحش الجهةالة (وإن كان جنسا يجمع أنواعا لا يصح إلا ببيان الثمن أو النوع) لأنه بتقدير الثمن يصير النوع معلوما ، وبذكر النوع تقل الجهةالة فلا تمنع الامتثال .

مثاله : إذا وكله بشراء عبد أو جارية لا يصح لأنه يشمل أنواعا ، فإن بين النوع كالتركى أو الحبشى أو الهندى أو السندى أو المولد جاز ، وكذا إذا بين الثمن لما ذكرناه ، ولو بين النوع أو الثمن ولم يبين الصفة : الجودة والرداءة والصفة جاز لأنه جهةالة مستتركة ومراده من الصفة المذكورة في الكتاب : النوع .

(وفي الجامع الصغير : ومن قال لآخر اشترى ثوبا أو دابة أو دارا فالوكالة باطلة) فجهةالة الفاحشة ، فإن الدابة في حقيقة اللغة اسم لما يدب على وجه الأرض ، وفي العرف يطلق على الخيل والحمار واليغل فقد جمع أجناسا ، وكذا الثوب لأنه يتناول الملبوس من الأطلس إلى الكساء ، ولهذا لا يصح تسميته مهرا ، وكذا الدار تشمل ما هو في معنى الأجناس لأنها تختلف اختلافا فاحشا باختلاف الأغراض والجيران والمرافق والمحال والبلدان فيحصل الامتثال .

قال (وإن سمى ثمن الدار ووصف جنس الدار والثوب جاز) معناه نوعه ، وكذا إذا سمى نوع الدابة بأن قال حمارا أو نحوه .

قال (ومن دفع لي آخر دراهم ، وقال اشترى بها طعاما فهو على الخطئة وحققتها) استحسانا ، والقياس أن يكون على كل مطعم احتجلا الحقيقة كما في إيمين على الأكل

إذا الطعام اسم لما يطعم ، وجه الاستحسان أن العرف أمك وهو على ما ذكرناه إذا ذكر مقرونا بالبيع والشراء ، ولا عرف في الأكل فبقى عن الوضع ، وقيل إن كثرت الدراهم فعل الخطة وإن قلت فعل الخبز وإن كان فيما بين ذلك فعل البقي . قال (وإذا اشترى التوكيل وقبض ثم اطلع على حيب فله أن يرده بالميب ما دام المبيع في يده) لأنه من حقوق العقد وهي كلها إليه (فإن سلمه إلى الموكل لم يرده إلا بإذنه) لأنه انتهى حكم الوكالة ولأن فيه إبطال يده الحقيقية فلا يتمكن منه إلا بإذنه ، ولهذا كان خصما لمن يدعى في المشتري دعوى كالتفيع وغيره قبل التسليم إلى الموكل لا بعده .

قال (ويجوز التوكيل بعقد الصرف والسلم) لأنه عقد يملكه بنفسه فيملك التوكيل به دفعا للحاجة على حاضر ومراده التوكيل بالإسلام دون قبول السلم لأن ذلك لا يجوز ، فإن الوكيل يبيع طعاما في ذمته على أن يكون الثمن لغیره ، وهذا لا يجوز (فإن فارق الوكيل صاحبه قبل القبض بطل العقد) لوجود الافتراق من غير قبض (ولا يعتبر منافقة الموكل) لأنه ليس بعاقده ، والمستحق بالعقد قبض العاقده ، وهو الوكيل فيصح قبضه وإن كان لا يتعلق به الحقوق كالصبي والعبد المحجور عليه ؛ بخلاف الرسول لأن الرسالة في العقد لا في القبض وينقل كلامه إلى المرسل فصار قبض الرسول قبض غير العاقده علم يصح .

قال (وإذا دفع الوكيل بالشراء الثمن من ماله ، وقبض المبيع فله أن يرجع به على الموكل) لأنه انعقدت بينهما مبادلة حكمية ، ولهذا إذا اختلفا في الثمن يتحالفان ، ويرد الموكل بالميب على الوكيل وقد سلم المشتري للموكل من جهة الوكيل ، فيرجع عليه ولأن الحقوق لما كانت واجبة إليه وقد علمه الموكل فيكون راضيا بدفعه من ماله (فإن ملك المبيع في يده قبل حبه هلك من مال الموكل ولم يسقط الثمن) لأن يده كيد الموكل ، فإذا لم يحبه بصير الموكل قابضا بيده .

(وله أن يحبه حتى يستوفى الثمن) لما بينا أنه بمنزلة البائع من الموكل ، وقال زفر رحمه الله : ليس له ذلك لأن الموكل صار قابضا بيده فكأنه سلمه إليه ، فيسقط حق الحبس ، قلنا هذا مما لا يمكن التحرز عنه فلا يكون راضيا بسقوط حقه في الحبس على أن قبضه موقوف فيقع للموكل إن لم يحبه ولنفسه عند حبه (فإن حبه فهلك كان مضمونا ضمان الرهن عند أبي يوسف رحمه الله : وضمان المبيع عند محمد) وهو قول أبي حنيفة

رحمه الله : وضمان النصب عند زفر رحمه الله : لأنه منع بغير حق ، لما أنه بمنزلة البائع منه فكان حسيبه لا ستيفاء الثمن فيسقط بهلاكه ، ولأبي يوسف رحمه الله : أنه مضمون بالخس للاستيفاء ، بعد أن لم يكن وهو الرهن بعينه بخلاف المبيع ، لأن البيع ينسخ بهلاكه وههنا لا ينسخ أصل العقد ، قلنا ينسخ في حق الموكل والوكيل كما إذا رده الموكل بعيب ورضى الوكيل به .

قال (وإذا وكله بشراء عشرة أربطال لحم بدرهم فاشتري عشرين رطلا بدرهم من لحم يباع منه عشرة أربطال بدرهم لزم الموكل منه عشرة بنصف درهم عند أبي حنيفة رحمه الله ، وقالوا يلزمه العشرون بدرهم) وذكر في بعض النسخ قول محمد رحمه الله مع قول أبي حنيفة ، ومحمد لم يذكر الخلاف في الأصل ، لأبي يوسف رحمه الله : أنه أمره بصرف الدرهم في اللحم وظن أن سعره عشرة أربطال فإذا اشترى به عشرين فقد زاده خيرا وصار كما إذا وكله ببيع عبده بألف فباعه بألفين ، ولأبي حنيفة رحمه الله : أنه أمره بشراء عشرة أربطال ، ولم يأمره بشراء الزيادة فينفذ شراؤها عليه وشراء العشرة على الموكل بخلاف ما استشهد به ، لأن الزيادة هناك بدل ملك الموكل فتكون له بخلاف ما إذا اشترى ما يساوي عشرين رطلا بدرهم بحيث يصير مشتريا لنفسه بالإجماع لأن الأمر يتناول السمين ، وهذا مهزول فلم يحصل مقصود الأمر .

قال (ولو وكله بشراء شيء بعين فليس له أن يشتريه لنفسه) لأنه يؤدي إلى تغيير الأمر حيث اعتمد عليه ، ولأن فيه عزل نفسه ولا يملكه على ما قبل إلا بمحض من الموكل فلو كان الثمن مسمى فاشتري بخلاف جنسه أو لم يكن مسمى فاشتري بغير النقود أو وكل وكيلا بشرائه فاشتري الثاني وهو غائب يثبت الملك للوكيل الأول في هذه الوجوه لأنه خالف أمر الأمر فينفذ عليه ، ولو اشترى الثاني بمحضرة الوكيل الأول نفذ على الموكل الأول لأنه حضره رأيه فلم يكن مخالفا .

قال (وإن وكله بشراء عبد بغير عينه فاشتري عبدا فهو للوكيل ، إلا أن يقول نويت للشراء للموكل أو يشتريه بمال الموكل) .

قال رضي الله عنه : هذه المسئلة على وجوه : إن أضاف العقد إلى دراهم الأمر كان للأمر وهو المراد عندئذ بقوله أو يشتريه بمال الموكل دون النقد من ماله لأن فيه تفصيلا وخلافنا وهذا بالإجماع وهو مطلق ، وإن أضافه إلى دراهم نفسه كان لنفسه حلالا على

ما يحل له شرعا أو يفعله عادة إذ الشراء لنفسه بأضافة للمقد إلى دراهم غير مستنكر شرعا وحرفا ، وإن أضافه إلى دراهم مطلقة ، فإن نواها للآمر فهو للآمر ، وإن نواها لنفسه فله لأنه أن يعمل لنفسه ويعمل للآمر في هذا التوكيل ، وإن تكاذبا في النية يحكم النقد بالإجماع لأنه دلالة ظاهرة على ما ذكرنا وإن توافقا على أنه لم تحضره النية قال محمد رحمه الله : هو للعائد لأن الأصل أن كل واحد يعمل لنفسه إلا إذا ثبت جعله لغيره ولم يثبت ، وعند أبي يوسف رحمه الله : يحكم النقد فيه لأن ما أوقفه مطلقا يحتمل الوجهين فينبى موقوفا فن أى المالكين نقد فقد فضل ذلك المحتمل لصاحبه ، ولأن مع تصادقهما يحتمل النية للآمر ، وفيها قلناه حل حاله على العبلح كما في حالة التوكيل والتوكيل بالاسلام في الطعام على هذه الوجوه .

قال (ومن أمر رجلا بشراء عبد بألف فقال قد فعلت ومات هندي ، وقال الأمر اشتريه لنفسك فالتقول قول الأمر فإن كان دفع اليه الألف فالتقول قول المأمور) لأن في الوجه الأول أخبر عما لا يملك استئنافه ، وهو الرجوع بالثمن على الأمر وهو ينكر والتقول المستنكر ، وفي الوجه الثاني هو أمين يريد الخروج عن عهدة الأمانة فيقبل قوله ، ولو كان العبد جاحيا حين اختلافنا إن كان الثمن منقودا ، فالتقول للمأمور لأنه أمين وإن لم يكن منقودا فكذلك عند أبي يوسف ومحمد رحمه الله : لأنه يملك استئناف الشراء فلا يثبت في الإخبار عنه ، وعن أبي حنيفة رحمه الله : القول للآمر لأنه موضع تهمة بأن اشتراه لنفسه فاذا رأى الصفقة خاسرة ألزمها الأمر ، بخلاف ما إذا كان الثمن منقودا لأنه أمين فيه فيقبل قوله تبعا لذلك ولا ثمن في يده ههنا وإن كان أمره بشراء عبد بعينه ثم اختلغا والعبد حتى فالتقول للمأمور سواء كان الثمن منقودا أو غير منقود ، وهذا بالإجماع لأنه أخبر عما يملك استئنافه ولا تهمة فيه ، لأن التوكيل بشراء شيء بعينه لا يملك شراؤه لنفسه بمثل ذلك الثمن في حال خيبته على ما مر بخلاف غير المعين على ما ذكرناه لأبي حنيفة رحمه الله .

(ومن قال لآخر يعني هذا العبد لفلان فباعه ثم أنكر أن يكون فلان أمره ، ثم جاء فلان وقال أنا أمرته بذلك فإن فلانا يأخذه) لأن قوله السابق إقرار منه بالوكالة عنه فلا ينفعه الانسكركم اللاحق (فإن قال فلان لم أمره لم يكن ذلك له) لأن الإقرار يرتد برده (إلا أن يسلم المشتري له فيكون يباعا عنه وعليه العهدة) لأنه صار مشتريا بالتعاطى كمن اشترى لغيره بغير أمره حتى لزمه ثم سلمه المشتري له ودلت المسئلة على أن التسليم على وجه البيع

يكنى للتعاطى وإن لم يوجد نقد الثمن وهو يتحقق في النفيس والخسيس لاستتمام التراضي وهو المعتبر في الباب .

قال (ومن أمر رجلا أن يشتري له عبيدين بأعيانها ولم يسم له ثمنًا فاشترى له أحدهما جاز) لأن التوكيل مطلق فيجوز على إطلاقه وقد لا يتفق الجمع بينهما في البيع (إلا فيما لا يتغابن الناس فيه) لأنه توكيل بالشرء وهذا كله بالإجماع (ولو أمره بأن يشتريهما بألف وقيمتها سواء ، فعند أبي حنيفة رحمه الله إن اشترى أحدهما بخمسائة أو أقل جاز وإن اشترى بأكثر لم يلزم الأمر) لأنه قابل الألف بهما وقيمتها سواء فيقسم بينهما نصفين دلالة فكان أمرًا بشراء كل واحد منهما بخمسة مائة ثم الشراء بها موافقة وبأقل منها مخالفة إلى خبر وبالزيادة إلى شر قلت الزيادة أو كثرت فلا يجوز (إلا أن يشتري الباقي ببقية الألف قبل أن يختصها استحسانًا) لأن شراء الأول قديم ، وقد حصل غرضه المصرح به وهو تحصيل العبدين بالألف وما ثبت الانقسام إلا دلالة وللصريح يفوقها (وقال أبو يوسف وعهد رحمه الله إن اشترى أحدهما بأكثر من نصف الألف بما يتغابن الناس فيه وقد بقي من الألف ما يشتري بمثله الباقي جاز) لأن التوكيل مطلق لكنه يتقيد بالمتعارف وهو فيها قلنا ولا يمكن لأحد أن يبقى من الألف باقية يشتري بمثله الباقي ليتمكنه تحصيل غرض الأمر . قال (ومن له على آخر ألف درهم فأمره أن يشتري بها هذا العبد فاشتراه جاز) لأن في تعيين المبيع تعيين البائع ولو عين البائع يجوز على ما ذكره إن شاء الله تعالى .

قال (وإن أمره أن يشتري بها عبدًا بغير عينه فاشتراه فأتى في يده قبل أن يقبضه الأمر مات من مال المشتري وإن قبضه الأمر فهو له) وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله (وقالوا : هو لازم للأمر إذا قبضه المأثور) وعلى هذا إذا أمره أن يسلّم ما عليه أو يصرف ما عليه لهما أن اللزوم والدنايير لا يتعيّنان في المعاوضات دينًا كانت أو عينًا ، ألا ترى أنه لو تبايعا عينا بدين ، ثم تصادقا أن لا دين لا يبطل العقد فصار الإطلاق والتقييد فيه سواء فيصح التوكيل ، ويلزم الأمر لأن يد الوكيل كيده ، ولأبي حنيفة رحمه الله أنها تمنع في الوكالات ألا ترى أنه لو قيد الوكالة بالدين منها أو بالدين منها ثم استهلك الدين أو أسقط الدين بطلت الوكالة ، وإذا تبين كان هذا تملك للدين من غير من عليه الدين من غير أن يوكله بقبضه ، وذلك لا يجوز كما إذا اشترى بدين على غير المشتري ، أو يكون أمرًا بصرف مالا يملكه إلا بالقبض قبله ، وذلك باطل كما إذا قال أعط مالي عليك من شئت بخلاف ما إذا عهده

البائع لأنه يصير وكيله في القبض ثم يملكه ، وبخلاف ما إذا أمره بالتصدق لأنه يجعل المال لله تعالى وهو معلوم ، وإذا لم يصح التوكيل نفذ الشراء على المأمور فسلك من ماله إلا إذا قبضه الأمر منه لانتقاد البيع تعاطيا .

قال (ومن دفع إلى آخر ألفا وأمره أن يشتري بها جارية فاشترها فقال الأمر اشترتها بخسائة وقال المأمور لشترتها بألف فالقول قول المأمور) ومراده إذا كانت تساوى ألفا لأنه أمين فيه وقد ادعى الخروج عن ههذه الأمانة والأمر يدعى عليه ضمان خسائة وهو ينكر ، فإن كانت تساوى خسائة فالقول قول الأمر لأنه خالف حيث اشترى جارية تساوى خسائة والأمر تناول ما يساوى ألفا فيضمن :

قال (وإن لم يكن دفع إليه الألف فالقول قول الأمر) أما إذا كانت قيمتها خسائة فلمخالفة وإن كانت قيمتها ألفا فعنه أنهما يتحالفان لأن الموكل والوكيل في هذا ينزلان منزلة البائع والمشتري وقد وقع الاختلاف في الثمن وموجبه التحالف ثم تنسخ العقد الذي جرى بينهما فتزوم الجارية المأمور .

قال (ولو أمره أن يشتري له هذا العبد ولم يسم له ثمننا فاشتره فقال الأمر : اشترته بخسائة ، وقال المأمور : بألف وصدق البائع المأمور فالقول قول المأمور مع يمينه) قيل لا تحالف ههنا لأنه ارفع الخلاف بتصديق البائع إذ هو حاضر وفي المسئلة الأولى هو غائب فاعتبر الاختلاف وقيل يتحالفان كما ذكرنا ، وقد ذكر معظم يمين التحالف وهو يمين البائع والبائع بعد استيفاء الثمن أجنبي عنهما وقيله أجنبي عن الموكل إذ لم يجر بينهما بيع فلا يصدق عليه فرق الخلاف ، وهذا قول الإمام أبي منصور وهو أظهر ، والله أعلم بالصواب .

فصل في التوكيل بشراء نفس العبد

قال (وإذا قال العبد لرجل : اشتر لي نفسي من مولاي بألف ودفعها إليه فإن قال لرجل للمولى : اشترته لنفسه فباعه على هذا فهو حر والولاء للمولى) لأن بيع نفس العبد منه إعتاق وشراء العبد نفسه قبول الاعتاق ببدل والمأمور سفير عنه إذ لا يرجع عليه الحقوق فبصلوكانه اشترى بنفسه وإذا كان إعتاقا أعقب الولاء (وإن لم يعين للمولى فهو خبد للمشتري) لأن اللفظ حقيقة للمعوضة وأمكن العمال بها إذا لم يعين فيحافظ عليها

بمخلاف شراء العبد نفسه لأن المجاز فيه متعين وإذا كان معاوضة يثبت الملك له (والألف للمولى) لأنه كسب عبده (وعلى المشتري ألف مثله) ثمنا للعبد فإنه في ذمته حيث لم يصح الأداء بمخلاف الوكيل بشراء العبد من غيره حيث لا يشترط بيانه لأن العقد بين هاتك على نمط واحد ، وفي الحالين المطالبة تتوجه نحو العاقد أما ههنا فأحدهما إعتاق معقب للولاء ولا مطالبة على الوكيل والمولى عساه لا يرضاه ويرغب في المعاوضة المحضة فلا بد من البيان .

(ومن قال لعبد : اشترى نفسك من مولاك فقال لمولاه : يعنى نفسى لفلان بكذا افعل فهو للأمر) لأن العبد يصلح وكيلا عن غيره في شراء نفسه ، لأنه أجنبي عن ماله والبيع يرد عليه من حيث إنه مال إلا أن ماله في يده ، حتى لا يملك البائع الحبس بعد البيع لاستيفاء الثمن ، فإذا أضافه إلى الأمر صلح فعله امتثالا ، فيقع العقد للأمر (وإن عقد لنفسه فهو حر) لأنه إعتاق ، وقدرضى به المولى دون المعاوضة ، والعبد وإن كان وكيلا بشراء شيء معين ولكنه أتى بجنس تصرف آخر وفى مثله ينفذ على الوكيل (وكذا لو قال يعنى نفسى ولم يقل لفلان فهو حر) لأن المطلق يحتمل الزوجين ، فلا يقع امتثالا بالشك فيبقى التصرف واقعا لنفسه .

فصل في البيع

قال (والوكيل بالبيع والشراء لا يجوز له أن يعقد مع أبيه وجده ، ومن لا تقبل شهادته له عند أبي حنيفة رحمه الله ، وقالوا : يجوز بيعهم منهم بمثل القيمة إلا من عبده أو مكاتبه) لأن التوكيل مطلق ولا تهمة إذ الأملاك متباينة ، والمنافع منقطعة بمخلاف العبد ، لأنه بيع من نفسه لأن مافى يد العبد للمولى ، وكذا للمولى حق في كسب المكاتب ، وينقلب حقيقة بالعجز ، وله أن مواضع التهمة مستثناة عن الوكالات ، وهذا موضع التهمة بدليل عدم قبول الشهادة ولأن المنافع بينهم متصلة فصار بيعا من نفسه من وجه والإجارة والصرف على هذا الخلاف .

قال (والوكيل بالبيع يجوز بيعه بالقليل والكثير والعرض عند أبي حنيفة وقالوا : لا يجوز بيعه بنقصان لا يتغابن الناس فيه ، ولا يجوز إلا بالدرهم والدنانير) لأن مطلق الأمر يقيد بالمتعارف ، لأن التصرفات لدفع الحاجات فتقتيد بمواقفها والمتعارف البيع

بمن الخلل والتفود ، ولهذا يتقيد التوكيل بشراء الفحم والحمد والأضحية بزمان الحاجة ولأن البيع بغير فاحش بيع من وجه وهبة من وجه وكذا المقايضة بيع من وجه شراء من وجه ، فلا يتناوله مطلق اسم البيع ، ولهذا لا يملكه الأب والوصى ، وله أن التوكيل بالبيع مطلق ، فيجوز على إطلاقه في غير موضع التهمة والبيع بالغبن أو بالغبن متعارف عند حدة الحاجة إلى الغن والتبرع من العين ، والمسائل ممنوعة على قول أبي حنيفة رحمه الله على ما هو المروى عنه ، وأنه بيع من كل وجه حتى أن من حلف لا يبيع يحنث به غير أن الأب والوصى لا يملكانه مع أنه بيع لأن ولايتهما نظرية ولا نظر فيه والمقايضة شراء من كل وجه وبيع من كل وجه لوجود حد كل واحد منهما .

قال (والوكيل بالشراء يجوز عقده بمثل القيمة وزيادة يتغابن الناس في مثلها ولا يجوز بما لا يتغابن الناس في مثله) لأن التهمة فيه متحققة فلعله اشتراه لنفسه فإذا لم يوافق الحق بغيره على ما مر حتى لو كان وكيلًا بشراء شيء بعينه قالوا : ينفذ على الأمر ، لأنه لا يملك شراؤه لنفسه وكذا الوكيل بالنكاح إذا زوجه امرأة بأكثر من مهر مثلها جاز عنده لأنه لا يذ من الإضافة إلى الموكل في العقد فلا تسكن هذه التهمة ولا كذلك الوكيل بالشراء لأنه يطلق العقد .

قال (والذي لا يتغابن الناس فيه مالا يدخل تحت تقويم المقومين وقيل في العروض ذهني وفي الحيوانات ذه يازده وفي المقارات ذه دوازه) لأن التصرف يكثر وجوده في الأول ، ويقبل في الأخير ، ويتوسط في الأوسط وكثرة الغبن لقلة التصرف .

قال (وإذا وكله ببيع عبد له فباع نصفه جاز عند أبي حنيفة رحمه الله) لأن اللفظ يطلق عن قيد الافتراق والاجتماع ، ألا ترى أنه لو باع الكل بشمن النصف يجوز عنده إذا باع النصف به أولى (وقالوا : لا يجوز) لأنه غير متعارف ، لما فيه من ضرر الشركة (إلا أن يبيع النصف الآخر قبل أن يختصما) لأن بيع النصف قد يقع وسيلة إلى الامتثال بأن لا يجد من يشتريه جملة ، فيحتاج إلى أن يفرق فإذا باع الباقي قبل نقض البيع الأول تبين أنه وقع وسيلة ، وإذا لم يبيع ظهر أنه لم يقع وسيلة ، فلا يجوز وهذا استحسان عندهما (وإن وكله بشراء عبد فاشتري نصفه فالشراء موقوف فإن اشترى باقية لزم الموكل) لأن شراء البعض قد يقع وسيلة إلى الامتثال بأن كان موروثًا بين جماعة ، فيحتاج إلى شراؤه شفعًا شفعًا ، فإذا اشترى الباقي قبل رد الأمر البيع تبين أنه وقع وسيلة ، فيضد حل

الأمر وهذا بالانفاق . والفرق لأبي حنيفة رحمه الله أن في الشراء تحقق التهمة على مامر وآخر أن الأمر بالبيع يصادف ملكه فيصح فيعتبر فيه إطلاقه والأمر بالشراء يصادف ملك الغير فلم يصح فلا يعتبر فيه التقييد والإطلاق .

قال (ومن أمر رجلا ببيع عبده فباعه وقبض الثمن أو لم يقبض فرده المشتري عليه بعيب لا يحدث ، مثله تضاعف القاضى ببيته أو بإيائه يمين أو بإقراره فإنه يرد على الأمر) لأن القاضى يتحقق بحدوث العيب في يد البائع فلم يكن قضاؤه مستندا إلى هذه الحجج ، وتأويل اشتراطها في الكتاب : أن القاضى يعلم أنه لا يحدث مثله في مدة شهر مثلا لكنه اشتبه عليه تاريخ البيع ، فيحتاج إلى هذه الحجج لظهور التاريخ أو كان حيا لا يعرفه إلا النساء أو الأطباء ، وقولهم وقول الطبيب حجة في توجه الخصومة لافي الرد فيفتقر إليها في الرد حتى لو كان القاضى عاين البيع والعيب ظاهر لا يحتاج إلى شيء منها ، وهو رد على الموكل فلا يحتاج الوكيل إلى ردّه وخصومة .

قال (وكذلك إن رده عليه بعيب يحدث مثله ببيته أو بإيائه يمين) لأن البيته حجة مطلقة والوكيل مضطر في النكول لبعده العيب عن علمه باستنار عدم ممارسته المبيع فلزم الأمر .

قال (فإن كان ذلك بإقراره لزم المأمور) لأن الإقرار حجة قاصرة ، وهو غير مضطر إليه لامكانه السكوت والنكول إلا أن له أن يخاصم الموكل فيلزمه بيته أو بنكوله بخلاف ما إذا كان الرد بنير قضاء ، والعيب يحدث مثله حيث لا يكون له أن يخاصم بانه لأنه بيع جديد في حق ثالث ، والبائع ثالثهما ، والرد بالقضاء فسخ لمعوم ولاية القاضى غير أن الحجة قاصرة وهى الإقرار فمن حيث التسخ كان له أن يخاصمه ومن حيث القصور في الحجة لا يلزم الموكل إلا بحجة ، ولو كان العيب لا يحدث مثله والرد بنير قضاء بإقراره يلزم الموكل من غير خصومة في رواية لأن الرد متعين ، وفي عامة الروايات ليس له أن يخاصمه لما ذكرنا والحق في وصف السلامة ثم ينتقل إلى الرد ثم إلى الرجوع بالتقصان فلم يتعين الرد ، وقد بيناه في الكفاية بأطول من هذا :

قال (ومن قال لآخر أمرتك ببيع عبدي بنقد فبعت به بيسئة وقال المأمور : أمرتني ببيعه ولم تقل شيئا فالقول قول الأمر) لأن الأمر يستفاد من جهته ولا دلالة على الإطلاق .

قال (وإن انحطفت في ذلك المضارب ورب المال فالقول قول المضارب) لأن الأصل في المضاربة المبيع، ألا ترى أنه يملك التصرف بذكر لقطة المضاربة، فكانت دلالة الإطلاق بخلاف ما إذا ادعى رب المال المضاربة في نوع، والمضارب في نوع آخر حيث يكون القول لرب المال لأنه سقط الإطلاق فيه بتصادقهما فنزل إلى الوكالة المحضة، ثم مطلق الأمر بالمبيع ينتظمه نقداً ونسيئة إلى أى أجل كان عند أبي حنيفة رحمه الله، وعندهما يتقيد بأجل المعارف والوجه قد تقدم.

قال (ومن أمر رجلاً يبيع عبده فباعه وأخذ بالثمن رهناً ففصاح في يده أو أخذ به كفيلاً ضرى المال عليه فلا ضمان عليه) لأن الوكيل أصيل في الحقوق وقبض الثمن منها، والكفالة توثق به والارتهان وثيقة لحائب الاستيفاء فيملكهما بخلاف الوكيل قبض الدين لأنه يفعل نيابة وقد أنابه في قبض الدين دون الكفالة، وأخذ الرهن والوكيل بالمبيع قبض أصالة ولهذا لا يملك الموكل حجره منه.

فصل

(وإذا وكل وكيلين فليس لأحدهما أن يصرف فيها وكلا به دون الآخر) وهذا في تصرف يحتاج فيه إلى الرأى كالبيع والتخلع وغير ذلك لأن الموكل رضى برأيهما لبرأى أحدهما والبدل وإن كان مقفراً، ولكن التقدير لا يمنع استعمال الرأى في الزيادة واختيار المشتري قال (إلا أن يوكلهما بالخصومة) لأن الاجتماع فيها متعلق للأفضاء إلى الشغب في مجلس القضاء والرأى يحتاج إليه سابقاً لتقوم الخصومة.

قال (أو بطلاق زوجته بغير عوض أو بمنق عبده بغير عوض أو برد ودبغة عنده أو قضاء دين عليه) لأن هذه الأشياء لا يحتاج فيها إلى الرأى بل هو تعبير محض، وصارة المتى والواحد سواء وهذا بخلاف ما إذا قال لها طلقاها إن شئت أو قال أمرها بأيديكما لأنه مخوِّض إلى رأيهما، ألا ترى أنه تمليك مقتصر على المجلس ولأنه علق الطلاق بفعلهما فاعتبره بدخولهما.

قال (وليس للوكيل أن يوكل فيها وكل به) لأنه فوض إليه التصرف دون التوكيل به وهذا لأنه رضى برأيه والناس متفاوتون في الآراء.

قال (إلا أن يأذن له الموكل) لوجود الرضا (أو يقول له اعمل برأيك) لإطلاق

التفويض إلى رأيه وإذا جاز في هذا الوجه يكون الثاني وكيلًا عن الموكل حتى لا يملك الأول عزله ولا ينزل بموته وينزلان بموت الأول وقد مرّ نظيره في أدب القاضي .

قال (فإن وكل بغير إذن موكله فقد وكله بحضرته جاز) لأن المقصود حضور رأي الأول وقد حضر وتكلموا في حقوقه (وإن عقد في حال غيبته لم يجوز) لأنه مالت رأيه (إلا أن يبلغه فيجيزه وكذا لو باع غير الوكيل قبله فأجازه) لأنه حضر رأيه (ولو قدر الأول الثمن للثاني فقد بغيته يجوز) لأن الرأي فيه يحتاج إليه لتقدير الثمن ظاهراً وقد حصل ، وهنا بخلاف ما إذا وكل وكيلين وقدر الثمن لأنه لما فوض إليهما مع تقدير الثمن ظهر أن غرضه اجتماع رأيهما في الزيادة واختيار المشتري على ما بيناه أما إذا لم يقدر الثمن وفوض إلى الأول كان غرضه رأيه في معظم الأمر وهو التقدير في الثمن .

قال (وإذا زوج المسكاتب أو العبد أو الذي ابنته وهي صغيرة حرة مسلمة أو باع أو اشترى لها لم يجوز) معناه النصرف في مالها لأن الرق والكفر بقطعان الولاية ، ألا يرى أن المرقوق لا يملك إنكاح نفسه فكيف يملك إنكاح غيره ، وكذا الكافر لا ولاية له على المسلم حتى لا تقبل شهادته عليه ولأن هذه ولاية نظرية فلا بد من التفويض إلى القادر المشفق ليتحقق معنى النظر والرق يزيل القدرة والكفر يقطع الشفقة على المسلم فلا نفوض إليهما .

(قال أبو يوسف وعبد وحمدهما الله : المرتد إذا قتل على رده والحرق كذلك) لأن الحرق أبعد من الذي فأولى بسبب الولاية وأما المرتد فتصرفه في ماله وإن كان نافلاً عندهما لكنه موقوف على ولده ومال ولده بالإجماع لأنها ولاية نظرية وذلك بانفاق الملة وهي مترددة ثم تستقر جهة الانقطاع إذا قتل على الردة فيبطل وبالإسلام يجعل كأنه لم يزل مسلماً فيصح .

باب الوكالة بالخصومة والقبض

قال (والوكيل بالخصومة وكيل بالقبض) ههنا خلافاً لزم رحمه الله ، هو يقول : لأنه رضى بخصومته والقبض غير الخصومة ولم يرض به . ولنا أن من ملك شيئاً ملك إعماله وإنعام الخصومة وانهاؤها بالقبض ، والفتوى اليوم على قول زفر رحمه الله لظهور العناية في الوكلاء وقد يؤمن على الخصومة من لا يؤمن على المال ونظيره الوكيل بالتقاضى يملك

التبضع على أصل الرواية لأنه في معناه وضعا إلا أن العرف بخلافه وهو قاض على الوضع والفتوى على أن لا يملك .

قال (فإن كانا وكيلين بالخصومة لا يقضيان إلا معا) لأنه رضى بأمانتهما لا بأمانة أحدهما واجتماعهما ممكن بخلاف الخصومة على ما مر .

قال (والوكيل بقبض الدين يكون وكيلًا بالخصومة عند أبي حنيفة رحمه الله) حتى لو أقيمت عليه البيعة على استيفاء الموكل أو إيرائه تقبل عنده ، وقالوا : لا يكون خصما وهو رواية الحسن عن أبي حنيفة رحمه الله ، لأن القبض غير الخصومة وليس كل من يؤمن على المال يتعدى في الخصومات ، فلم يكن الرضا بالقبض رضا بها ، ولأبي حنيفة رحمه الله أنه وكله بالتملك ، لأن الدينون تقضى بأمثالها إذ قبض الدين نفسه لا يتصور ، إلا أنه جعل استيفاء لمين حقه من وجه ، فأشبه الوكيل بأخذ الشفعة والرجوع في الهبة والوكيل بالشراء والقسمة والرد بالعيب ، وهذه أشبه بأخذ الشفعة حتى يكون خصما قبل القبض كما يكون خصما قبل الأخذ هنالك ، والوكيل بالشراء لا يكون خصما قبل مباشرة الشراء ، وهذا لأن للمبادلة تقتضى حقوقا وهو أصيل فيها فيكون خصما فيها .

قال (والوكيل بقبض العين لا يكون وكيلًا بالخصومة بالاتفاق) لأنه أمين محض والقبض ليس بمبادلة فأشبه الرسول (حتى أن من وكل وكيلًا بقبض عبد له ، فأقام الذي هو في يديه البيعة على أن الموكل باعه إياه وقف الأمر حتى يحضر الغائب) وهذا استحسان والقياس أن يمدنح إلى الوكيل لأن البيعة قامت لأعلى خصم فلم تعتبر ، وجه الاستحسان أنه خصم في قصر يده لقيامه مقام الموكل في القبض فتضرر يده ، وإن لم يثبت البيع حتى لو حضر الغائب تعاد البيعة على البيع فصار كما إذا أقام البيعة على أن الموكل عزله عن ذلك فلها تقبل في قصر يده كذا هذا .

قال (وكذلك العتاق والطلاق وغير ذلك) ومعناه إذا أقامت المرأة البيعة على الطلاق والعبد والأمة على العتاق على الوكيل بنقلهم تقبل في قصر يده حتى يحضر الغائب استحسانا دون العتق والطلاق .

قال (وإذا أقر الوكيل بالخصومة على موكله عند القاضي جاز إقراره عليه ولا يجوز عند غيره القاضي) عند أبي حنيفة ومحمد رحمه الله استحسانا إلا أنه يخرج عن الوكالة . وقال أبو يوسف رحمه الله : يجوز إقراره عليه وإن أقر في غير مجلس القضاء . وقال

زفر والشافعي رحمهما الله : لا يجوز في الوجهين وهو قول أبي يوسف رحمه الله أولاً وهو القياس لأنه مأمور بالخصومة وهي منازعة والإقرار بضاده لأنه مسألة والأمر بالشئ لا يتناول ضده ، ولهذا لا يملك الصلح والإبراء ويصح إذا استثنى الإقرار ، وكذا لو وكله بالجواب مطلقاً يتقيد بجواب هو خصومة لجريان العادة بذلك ، ولهذا يختار فيها الأهدى فالأهدى ، وجه الاستحسان أن التوكيل صحيح قطعاً وصحته يتناوله ما يملكه قطعاً وذلك مطلق الجواب دون أحدهما عينا ، وطريق المجاز موجود على ما نبينه إن شاء الله تعالى ، فيصرف إليه تحريماً للصحة قطعاً ، ولو استثنى الإقرار فمن أبي يوسف رحمه الله أنه لا يصح لأنه لا يملكه . وعن محمد رحمه الله أنه يصح لأن التصحيح زيادة دلالة على ملكه إياه وعند الإطلاق يحمل على الأولى ، وعنه أنه فصل بين الطالب والمطلوب ولم يصححه في الثاني لكونه مجبوراً عليه وبغير الطالب فيه فبعد ذلك يقول أبو يوسف رحمه الله إن الوكيل قائم مقام الموكل وإقراره لا يختص بمجلس القضاء فكذا إقرار نائبه ، وهما يقولان إن التوكيل يتناول جواباً يسمى خصومة حقيقة أو مجازاً ، والإقرار في مجلس القضاء خصومة مجازاً إما لأنه خرج في مقابلة الخصومة أو لأنه سبب له لأن الظاهر إنيائة بانستحق عند طلب المستحق ، وهو الجواب في مجلس القضاء فيختص به لكن إذا أقيمت البينة على إقراره في غير مجلس القضاء يخرج من الوكالة حتى لا يؤمر بدفع المال إليه لأنه صار مناقضاً وصار كالأب أو الوصي إذا أقر في مجلس القضاء لا يصح ولا يدفع المال إليهما .

قال (ومن كفل بمال عن رجل فوكله صاحب المال بقبضه عن الغريم لم يكن وكيلاً في ذلك أبداً) لأن الوكيل من يعمل لغيره ، ولو صححناها صار عاملاً لنفسه في إبراء فتمت فاندفع الركن ، ولأن قبول قوله ملازم للوكالة لكونه أميناً ولو صححناها لا يقبل لكونه ميراثاً نفسه فيندفع بانعدام لازمه وهو نظير عبد مأذون مديون أعقته مولاه حتى ضمن قيمته للغرماء وبطالب العبد بجميع الدين ، فلو وكله الطالب بقبض المال عن العبد كان باطلاً لما بيناه .

قال (ومن ادعى أنه وكيل الغائب في قبض دينه فصدقه الغريم أمر بتسليم الدين إليه) لأنه إقرار على نفسه لأن ما يقبضه خالص ماله (فإن حضر الغائب فصدقه وإلا دفع إليه الغريم الدين ثانياً) لأنه لم يثبت الاستيفاء حيث أنكر الوكالة والمقول في ذلك قوله مع يمينه فيفسد الأداء (ويرجع به على الوكيل إن كان باقياً في يده) لأن غرضه من الدفع برأى منه

ولم تحصل له أن يتقضى قبضه (وإن كان) ضاع (في يده لم يرجع عليه) لأنه بتصدقه اعترف أنه عمن في القبض وهو مظلوم في هذا الأخذ والمظلوم لا يظلم غيره .

قال (إلا أن يكون ضمنه عند الدفع) لأن المأخوذ ثانياً مضمون عليه في زعمهما ، وهذه كفالة أصيبت إلى حالة القبض فصبح بمنزلة الكفالة بما ذاب له حل فلان ، ولو كان الغريم لم يصدقه على الوكالة وذقه إليه على ادعائه ، فإن رجع صاحب المال على الغريم رجع الغريم على الوكيل ، لأنه لم يصدقه على الوكالة ، وإنما دفعه إليه على رجاء الاجازة فإذا انقطع وبجاءه رجوع عليه ، وكلما إذا دفعه إليه على تكذيبه إياه في الوكالة . وهذا أظهر لما قلنا ، وفي الوجه كلها ليس له أن يسترد المدفوع حتى يحضر النائب ، لأن المؤدى صار حقا للنائب : إما ظاهراً ، أو محتملاً ، فصار كما إذا دفعه إلى فضولي على رجاء الاجازة لم يملك الاسترداد لاحتمال الاجازة ، ولأن من باشر التصرف لفرض ليس له أن يتقضه ما لم يقع اليأس عن غرضه (ومن قالوا إني وكيل بقبض الوديعة فصلقه المودع لم يؤمر بالتسليم إليه) لأنه أقر له بحال الغير بخلاف الدين ، ومن ادعى أنه مات أبوه وترك الوديعة ميراثاً له ولا وارث له غيره وصدقه المودع أمر بالدفع إليه لأنه لا يبقى ماله بعد موته فقد اتفقا على أنه مال الوارث ، ولو ادعى أنه اشترى الوديعة من صاحبها فصلقه المودع لم يؤمر بالدفع إليه لأنه مادام حيا كان إقراراً بملك الغير لأنه من أهله فلا يصدقان في دعوى البيع عليه .

قال (فإن وكل وكيلًا بقبض ماله فادعى الغريم أن صاحب المال قد استوفاه فإنه يدفع للمال إليه) لأن الوكالة قد ثبتت بالتصادق والاستيفاء لم يثبت بمجرد دعواه فلا يؤخر الحق .

قال (ويبيع وب المال فيستحلفه) رعاية لجانبه ، ولا يستحلف الوكيل لأنه نائب .

قال (وإن وكله ببيع في جارية فادعى البائع رضا المشتري لم يرد عليه حتى يحلف المشتري بخلاف صفة الدين) لأن التشارك ممكن هناك باسترداد ما قبضه الوكيل إذا ظهر الخطأ عند تكبره وهما غير ممكن لأن القضاء بالنسخ ماض على الصحة وإن ظهر الخطأ عند أبي حنيفة رحمه الله كما هو ملعبه ، ولا يستحلف للمشتري عنده بعد ذلك لأنه لا يفيد ، وأما عندهما قالوا : يجب أن يصعد الجواب على هذا في الفصلين ، ولا يؤخر لأن التشارك ممكن عندهما لبطان القضاء ، وقيل الأصح عند أبي يوسف رحمه الله أن يؤخر في الفصلين لأنه يعتبر الخطأ حتى يستحلف المشتري لو كان حاضراً من غير دعوى البائع فينظر للنظر .

قال (ومن دفع إلى رجل عشرة دراهم لينفقها على أهله فأنفق عليهم عشرة من حقه
فالعشرة بالعشرة) لأن الوكيل بالانفاق وكيل بالشراء ، والحكم فيه ما ذكرناه وقد قررناه
فهذا كذلك ، وقيل هذا استحسان ، وفي القياس ليس له ذلك ويصير متبرعا ، وقيل القياس
والاستحسان في قضاء الدين لأنه ليس بشراء ، فأما الاتفاق فيضمن الشراء فلا بدخلاته
واقفه أعلم بالصواب .

باب عزل الوكيل

قال (وللموكل أن يعزل الوكيل عن الوكالة) لأن الوكالة حقه ، فله أن يبطلها إلا إذا
تعلق به حق الغير بأن كان وكيلاً بالخصومة يطلب من جهة الطالب لما فيه من إبطال حق
الغير وصار كالوكالة التي تضمنها عقد الرهن .

قال (فلن لم يبلغه العزل فهو على وكالته وتصرفه جائز حتى يعلم) لأن في العزل إضراراً
به من حيث إبطال ولايته أو من حيث رجوع الحقوق إليه فينقذ من مال الموكل ويسلم
المبيع فيضمنه فيتضرر به ويستوى الوكيل بالنكاح وغيره لوجه الأول ، وقد ذكرنا اشتراط
العدد أو العدالة في الخبر فلا نعيده .

قال (وتبطل الوكالة بموت الموكل وجنونه جنوناً مطبقاً ، ولحاقه بدار الحرب مرتدماً
لأن التوكيل تصرف غير لازم ، فيكون لدوامه حكم ابتدائه ، فلا بد من قيام الأمر وقد بطل
بهذه العوارض ، وشرط أن يكون الجنون مطبقاً لأن قليله بمنزلة الإغماء وحد المطبق شهر
عند أبي يوسف رحمه الله اعتباراً بما يسقط به الصوم وحته أكثر من يوم وليلة لأنه تسقط
به الصلوات الخمس نصاركليت . وقال محمد رحمه الله حول كامل لأنه يسقط به جميع
العبادات فقدّر به احتياطاً .

قالوا : الحكم المذكور في الحاق قول أبي حنيفة رحمه الله لأن تصرفات المرتد موقوفه
عنده فكذا وكالته فإن أسلم نفذ وإن قتل أو لحق بدار الحرب بطلت الوكالة فأما عندهما
فصرفاته نافذة فلا تبطل وكالته إلا أن يموت أو يقتل على رده أو يحكم ببلحاقه وقد مر
في السير ، وإن كان الموكل امرأة فارتدت فالوكيل على وكالته حتى تموت أو تلحق بدار
الحرب لأن ردها لا تؤثر في حقوقها على ما عرف .

(قال وإذا وكل المسكين ثم عجز أو المأذون له ثم حجر عليه أو الشر بكان فافترقا

هذه الوجوه تبطل الوكالة على الوكيل علم أو لم يعلم) لما ذكرنا أن بقاء الوكالة يعتمد قيام الأمر وقد بطل بالحجر والعجز والافتراق ، ولا فرق بين العلم وعدمه لأن هذا عزل حكى فلا يتوقف على العلم كالوكيل بالبيع إذا باعه الموكل .

قال (وإذا مات الوكيل أو جن جنوناً مطبقاً بطلت الوكالة) لأنه لا يصح أمره بعد جنونه وموته (وإن لحق بدار الحرب مرتداً لم يجز له التصرف إلا أن يعود مسلماً) .

قال رضى الله عنه : وهذا عند محمد رحمه الله ، فأما عند أبي يوسف رحمه الله : لا تعود الوكالة ، لمحمد رحمه الله أن الوكالة إطلاق ، لأنه رفع المانع أما الوكيل يتصرف بمجان فائضة به ، وإنما عجز بمرض اللحاق لتباين الدارين ، فإذا زال العجز والإطلاق باق عاد وكيلاً ، ولأبي يوسف رحمه الله أنه إثبات ولاية التنفيذ لأن ولاية أصل التصرف بأهليته وولاية التنفيذ بالملك وباللحاق لحق بالأموال ، وبطلت الولاية ، فلا تعود كذلك في أم الولد والمدير ، ولو عاد الموكل مسلماً ، وقد لحق بدار الحرب مرتداً لا تعود الوكالة في الظاهر ، ومن محمد رحمه الله أنها تعود كما قال في الوكيل ، والفرق له على الظاهر أن مبنى الوكالة في حق الموكل على الملك وقد زال وفي حق الوكيل على معنى قائم به ولم يزول بالحقاق .

قال (ومن وكل آخر بشيء ثم تصرف بنفسه فيما وكل به بطلت الوكالة) وهذا اللفظ ينظم وجوهاً : مثل أن يوكله باعتاق عبده أو بكتابته ، فأعتقه أو كتبه الموكل بنفسه أو يوكله بزويج امرأة أو بشراء شيء ففعله بنفسه أو يوكله بطلاق امرأته فطلقها الزوج ثلاثاً أو واحدة ، وانقضت عدتها أو بالخلع فخالعها بنفسه لأنه لما تصرف بنفسه تعذر على الوكيل التصرف فبطلت الوكالة ، حتى لو تزوجها بنفسه وأباناها لم يكن للوكيل أن يزوجه منه لأن الحاجة قد انقضت ، بخلاف ما إذا تزوجها الوكيل وأباناها له أن يزوج الموكل لبقاء الحاجة ، وكذا لو وكله ببيع عبده فباعه بنفسه فلو رد عليه ببيع بقبضه قاض ، فعن أبي يوسف رحمه الله أنه ليس للوكيل أن يبيعه مرة أخرى لأن بيعه بنفسه منع له من التصرف فصار كالزول ، وقال محمد رحمه الله : له أن يبيعه مرة أخرى لأن الوكالة باقية لأنه إطلاق والعجز قد زال ، بخلاف ما إذا وكله بالهبة فوهب بنفسه ، ثم رجع لم يكن للوكيل أن يهب ثانياً لأنه مختار في الرجوع فكان ذلك دليل عدم الحاجة ، أما الرد بقبضه بغير اختياره فلم يكن دليل زوال الحاجة فإذا عاد إليه قديم ملكه كان له أن يبيعه والله أعلم .

كتاب الدعوى

قال (المدعى من لا يجبر على الخصومة إذا تركها ، والمدعى عليه من يجبر على الخصومة) ومعرفة الفرق بينهما من أهم ما يبنى عليه مسائل الدعوى . وقد اختلفت عبارات المشايخ فيها ، فمنها ما قال في الكتاب وهو حد عام صحيح . وقيل المدعى من لا يستحق إلا بحجة كالحارج والمدعى عليه من يكون مستحقا بقوله من غير حجة كلى اليد ، وقيل المدعى من يتمسك بغير الظاهر والمدعى عليه من يتمسك بالظاهر ، وقال محمد رحمه الله في الأصل : المدعى عليه هو المتكر وهذا صحيح لكن الشأن في معرفته والترجيح بالفقه عند الخلاف من أصحابنا رحمهم الله لأن الاعتبار للمعاني دون الصور فإن المدعى إذا قال : رددت الوديعة فاقول قوله مع اليمين ينكر وإن كان مدعيا للرد بصورة لأنه ينكر الضمان معي .

قال (ولا تقبل الدعوى حتى يذكر شيئا معلوما في جنسه وقدره) لأن فائدة الدعوى الالتزام بواسطة إقامة الحجة والالتزام في المجهول لا يتحقق .

(فإن كان عينا في يد المدعى عليه كنف إحضارها ليشير إليها بالدعوى) وكذا في الشهادة والاستحلاف لأن الإعلام بأقصى ما يمكن شرط وذلك بالإشارة في المنقول لأن النقل بكن ، والإشارة أبلغ في التعريف ، ويتعلق بالدعوى وجوب الحضور ، وعلى هذا القضاة من آخرهم في كل عصر وجوب الجواب إذا حضر ليفيد حضوره ولزوم إحضار العين المدعاة لما قلنا واليمين إذا أنكره وسنذكره إن شاء الله تعالى .

قال (وإن لم تكن حاضرة ذكر قيمتها ليصير المدعى معلوما) لأن العين لا تعرف بالوصف والقيمة تعرف به وقد تعلمر مشاهدة العين ، وقال الفقيه أبو الليث : يشترط مع بيان القيمة ذكر الذكورة والأنوثة .

قال (وإن ادعى عقارا حده وذكر أنه في يد المدعى عليه وأنه يطالبه به) لأنه تعلمر التعريف بالإشارة لتعلمر النقل فيصار إلى التحديد ، فإن العقار يعرف به ويذكر الحدود الأربعة ، ويذكر أسماء أصحاب الحدود وأسمائهم ولا بد من ذكر الحد ، لأن تمام التعريف به عند أبي حنيفة رحمه الله على ما عرف هو الصحيح ولو كان الرجل مشهورا يكتفى بذكره ، فإن ذكر ثلاثة من الحدود يكتفى بها عندنا خلافا لزمز رحمه الله لوجود الأكثر بخلاف ما إذا غلط في الرابعة ، لأنه يختلف به المدعى ولا كذلك بتركها ، وكذا

يشترط التحديد في الدعوى يشترط في الشهادة وقوله في الكتاب ، وذكر أنه في يد المدعى عليه لابد منه ، لأنه إنما ينتصب خصماً إذا كان في يده وفي العقار لا يكتفى بذكر المدعى وتصديق المدعى عليه أنه في يده . بل لا تثبت اليد فيه إلا بالينة أو علم القاضي هو الصحيح فقياً لثمة المراضعة إذ العقار عساه في يد غيرها ، بخلاف المنقول لأن اليد فيه مشاهدة وقوله وأنه يطالبه به لأن المطالبة حقه فلا بد من طلبه ولأنه يحصل أن يكون مرهوناً في يده أو محبوباً بأئمن في يده والمطالبة يزول هذا الاحتمال ، وعن هذا قالوا في المنقول يجب أن يقول في يده بغير حق ؛

قال (وإن كان حقاً في الذمة ذكر أنه يطالبه به) لما قلنا ، وهذا لأن صاحب الذمة قد حضر فلم يبق إلا المطالبة لكن لابد من تعريفه بالوصف لأنه يعرف به .

قال (وإذا صحت الدعوى سأل القاضي المدعى عليه عنها) ليكشف له وجه الحكم (فإن اعترف فضى عليه بها) لأن الإقرار موجب بنفسه فيأمره بالخرج عنه (وإن أنكر سأل المدعى البينة) لقوله عليه الصلاة والسلام : ألك بينة ؟ فقال لا فقال : لك يمينه ، سأل ورب اليمين على فقد البينة فلا بد من السؤال ليكنه الاستحلاف ؛

قال (فإن أحضرها قضى بها) لانقضاء التهمة عنها (وإن حذر عن ذلك وطلب يمين خصمه استحلفه عليها) لما روينا ولا بد من طلبه لأن اليمين حقه ، ألا ترى أنه كيف أخيف إليه بحرف اللام فلا بد من طلبه .

باب اليمين

(وإذا قال المدعى لى بينة حاضرة وطلب اليمين لم يستحلف) عند أبي حنيفة رحمه الله معناه حاضرة في المصر ، وقال أبو يوسف رحمه الله يستحلف لأن اليمين حقه بالحديث المعروف فإذا طالبه به يمينه ، ولأبي حنيفة رحمه الله أن ثبوت الحق في اليمين مرتب على العجز عن إقامة البينة لما روينا فلا يكون حقه دونه كما إذا كانت البينة حاضرة في المجلس ومحمد مع أبي يوسف وجهما الله فيها ذكره انحصاف ، ومع أبي حنيفة فيها ذكر الطحاوى رحمه الله ؛

قال (ولا رد اليمين على المدعى) لقوله عليه الصلاة والسلام : والينة على المدعى

واليمين على من أنكره قسم ، والقسمه تنافي الشركة وجعل جنس الإيمان على المنكرين وليس وراء الجفئ شيء وفيه خلاف الشافعي رحمه الله .

قال (ولا تقبل بينة صاحب اليد في الملك المطلق وبينة الخارج أولى) وقال الشافعي رحمه الله : يقضى بينة ذى اليد لاعتصامها باليد ، فيعتوى الظهور وصار كالنتاج والنكاح ودعوى الملك مع الإعتاق والاستيلاء والتدبير . ولنا أن بينة الخارج أكثر إثباتا أو إظهارا لأن قدر ما أثبتته اليد لا يثبت بينة ذى اليد إذ اليد دليل مطلق الملك بخلاف النتاج لأن اليد لا تدل عليه ، وكذا على الاعتاق وأخته وعلى الولاء الثابت بها .

قال (وإذا نكل المدعى عليه عن اليمين قضى عليه بالنكول وألزمه ما ادعى عليه) وقال الشافعي رحمه الله : لا يقضى به بل يرد اليمين على المدعى ، فإذا حلف بقضى به لأن النكول يحتمل التورع عن اليمين الكاذبة والترفع عن المصادقة واشتباه الحال فلا ينتصب حجة مع الاحتمال ويمين المدعى دليل الظهور فيصار إليه . ولنا أن النكول دل على كونه باذلاً أو مقراً إذ لو لا ذلك لأقدم على اليمين إقامة الواجب ودفع الضرر عن نفسه فترجح هذا الجانب ، ولا وجه لرد اليمين على المدعى لما قلناه .

قال (وينبئ لقاضي أن يقول له إنى أعرض عليك اليمين ثلاثاً فإن حلفت وإلا قضيت عليك بما ادعاه) وهذا الإنذار لإعلامه بالحكم إذ هو موضع أخفاء .

قال (وإذا كرر العرض عليه ثلاث مرات قضى عليه بالنكول) وهذا التكرار ذكره الخصاف لزيادة الاحتياط والمبالغة في إيلاء العذر ، وأما المذهب أنه لو قضى بالنكول بعد العرض مرة جاز ، لما قدمناه هو الصحيح والأول أولى ثم النكول قد يكون حقيقياً كقوله لا أحلف وقد يكون حكياً بأن يسكت وحكمه حكم الأول إذا علم أنه لا آفة به من طرش أو غرس هو الصحيح .

قال (وإن كانت الدعوى نكاحاً لم يستحلف المنكر) عند أبي حنيفة رحمه الله ، ولا يستحلف عنده في النكاح والرجعة والنوى في الإيلاء والرقى والاستيلاء والنسب والولاء والحدود والعنان ، وقال أبو يوسف وعمره رحمه الله : يستحلف في ذلك كله إلا في الحدود والعنان :

وصورة الاستيلاء : أن تقول الجارية أنا أم ولد لمولاى وهذا ابنى منه وأنكر المولى لأنه لو ادعى المولى ثبت الاستيلاء بإقراره ولا يلغى إلى إنكارها . لها أن النكول يقرر

لأنه يدل على كونه كاذبا في الإنكار على ما قدمناه إذ لولا ذلك لأقدم على البين الصادقة إقامة للواجب فكان إقرارا أو بدلا عنه والإقرار يجري في هذه الأشياء لكنه إقرار فيه شبهة ، والمطرد تنعزى بالشبهات واللعان في معنى الحد ، ولأبي حنيفة رحمه الله تعالى : أنه بذل لأن منه لا تبقى البين واجبة لحصول المقصود وإزاله بأدلى أولى كيلا يصير كاذبا في الإنكار ، والبذل لا يجري في هذه الأشياء ، وغاللة الاستحلاف القضاء بالنكول ، فلا يستحلف إلا أن هذا بذل لدفع الخصومة فيملكه المكاتب ، والعبد المأذون بمنزلة الضيافة اليسيرة وصحته في الدين بناء على زعم المدعى وهو ما يقبضه حقا لنفسه والبذل صناعه مهنا ترك المنع وأمر المال بين .

قال (ويستحلف السارق فإن نكل ضمن ولم يقطع) لأن المنوط بفعله شيان الضمان ويعمل فيه النكول والقطع ولا يثبت به فصار كما إذا شهد عليه رجل وامرأتان .

قال (وإذا ادعت المرأة طلاقا قبل الدخول استحلف الزوج ، فإن نكل ضمن نصف المهر في قولهم جميعا) لأن الاستحلاف يجري في الطلاق عندهم لاسيما إذا كان المقصود هو المال وكذا في النكاح إذا ادعت هي الصداق لأن ذلك دعوى المال ثم يثبت المال بنكوله ، ولا يثبت النكاح وكذا في النسب إذا ادعى حقا كالارث والحجر في القبط والثقة وامتناع الرجوع في الهبة لأن المقصود هذه الحقوق ، وإنما يستحلف في النسب المجرد عندهما ، إذا كان يثبت باقراره كالأب والابن في حق الرجل ، والأب في حق المرأة لأن في دهرها الابن تحصيل النسب على الغير والمولى والزوج في حقهما .

قال (ومن ادعى قصاصا على غيره فيجده استحلف) بالاجماع (ثم إن نكل عن البين فيما دون النفس يلزمه القصاص ، وإن نكل في النفس حبس حتى يخلف أو يقر) وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله ، وقالوا : لزمه الأرض فيهما لأن النكول إقرار فيه شبهة عندهما ، فلا يثبت به القصاص ويجب به المال خصوصا إذا كان امتناع القصاص لمعنى من جهة من عليه كما إذا أقر بالخطأ والولى يدعى العمد ، ولأبي حنيفة رحمه الله أن الأطراف يسلك بها سلك الأموال فيجرى فيها البذل ، بخلاف الأنفس فإنه لو قال أقطع يدي قطعها لا يجب الضمان وهذا إعمال للبذل إلا أنه لا يباح لعدم الفائدة وهذا البذل مفيد لاندفاع الخصومة به فصار كقطع اليد للأكلة وقلع السن للوجع وإذا امتنع القصاص في النفس والبين حق مستحق يحبس به كما في القسامة .

قال (وإذا قال المدعى لى بيته حاضرة قيل تلخصه أعطه كفيلا بنفسك ثلاثة أيام)
كيلا يغيب نفسه فيضيع حقه والكفالة بالنفس جائزة عندنا وقد مر من قبل وأخذ الكفيل
بمجرد الدعوى استحسانا عندنا لأن فيه نظرا للمدعى وليس فيه كثير ضرر بالمدعى عليه ،
وهذا لأن الحضور مستحق عليه بمجرد الدعوى حتى يعدى عليه ويحال بينه وبين أشغاله
فصح التكفيل بإحضاره . والتقدير بثلاثة أيام مروى عن أبى حنيفة رحمه الله وهو
الصحيح ، ولا فرق فى الظاهر بين الغامل والوجيه والحقير من المال والخطير ثم لا بد من
قوله لى بيته حاضرة للتكفيل ، ومعناه فى المصر حتى لو قال المدعى : لا بيته لى أو شهودى
غيب لا يكفل لعدم الفائدة .

قال (فإن فعل وإلا أمر بملازمته) كيلا يذهب حقه (إلا أن يكون غريبا فيلازم
مقدار مجلس القاضى) وكذا لا يكفل إلا إلى آخر المجلس فالاستثناء منصرف إليهما لأن فى
أخذ الكفيل والملازمة زيادة على ذلك إضرارا به بمنعه عن السفر ، ولا ضرر فى هذا
المقدار ظاهرا ، وكيفية الملازمة نذكرها فى كتاب الحجر إن شاء الله تعالى .

فصل فى كيفية اليمين والاستحلاف

قال (واليمين بالله عز وجل دون غيره) لقوله عليه الصلاة والسلام « من كان منك
حائفا فليحلف بالله أو ليلى » وقال عليه الصلاة والسلام « من حلف بغير الله فقد أشرك »
(وقد تؤكد بذكر أوصافه) وهو التخليط ، وذلك مثل قوله : قل : والله الذى لا إله إلا
هو عالم الغيب والشهادة الرحمن الرحيم الذى يعلم من السر والخفاء ما يعلم من العلانية
ما فى لسان هذا عليك ولا قبلك هذا المال الذى ادعاه وهو كذا وكذا ولا شيء منه ، وله أن
يزيد فى التخليط على هذا وله أن ينقص منه إلا أنه يجتنب فيه كيلا يتكرر عليه اليمين لأن
المستحق يمين واحدة ، والقاضى بالخيار إن شاء غلظ وإن شاء لم يغلظ فيقول : قل بالله ،
أو والله ، وقيل لا يغلظ على المعروف بالصلاح ويغلظ على غيره ، وقيل يغلظ فى الخطير
من المال دون الحقير .

قال (ولا يستحلف بالطلاق ولا بالعتاق) لما روينا وقيل فى زماننا إذا ألح الخصم
سأغ للقاضى أن يحلف بذلك لقلة المبالاة باليمين بالله وكثرة الامتناع بسبب الحلف بالطلاق
قال (ويستحلف اليهودى بالله الذى أنزل التوراة على موسى عليه السلام والنصرانى بالله
الذى أنزل الإنجيل على عيسى عليه السلام) لقوله صلى الله عليه وسلم لا ين صوريا لأعور
« أنشدك بالله الذى أنزل التوراة على موسى إن حكم الزنا فى كتابكم هذا ، ولأن اليهودى

يعتقد نبوة موسى والنصراني نبوة عيسى عليهما السلام ، فيحلف على كل واحد منهما يذكر المنزل على نبيه (و) يستحلف (المجرسي بالله الذي خلق النار) وهكذا ذكر محمد في الأصل . ويروي عن أبي حنيفة رحمه الله في النوادر لأنه لا يستحلف أحد إلا بالله خالصا . وذكر الخصاص رحمه الله أنه لا يستحلف غير اليهودي والنصراني إلا بالله ، وهو اختيار بعض مشايخنا رحمهم الله لأن في ذكر النار مع اسم الله تعالى تعظيمهما وما ينبغي أن تعظم بخلاف الكتابين لأن كتب الله معظمة (والثاني لا يحلف إلا بالله) لأن الكفرة بأسرهم يعتقدون الله تعالى . قال الله تعالى - ولئن سألتهم من خلق السموات والأرض ليقولن الله - .

قال (ولا يحلفون في بيوت عبادتهم) لأن القاضي لا يحضرها بل هو ممنوع عن ذلك .

قال (ولا يجب تغليظ العين على المسلم بزمان ولا مكان) لأن المقصود تعظيم المقسم به وهو حاصل بدون ذلك وفي إيجاب ذلك حرج على القاضي حيث يكلف حضورها وهو مدفوع .

قال (ومن ادعى أنه ابتاع من هذا عبده بألف فجمعه استحلف بالله ما بينكما بيع قائم فيه ولا يستحلف بالله ما بعث) لأنه قد يباع العين ثم يقال فيه (ويستحلف في الغضب بالله ما يستحق عليك رده ولا يحلف بالله ما غضبت) لأنه قد ينصب ثم يفسخ بالهبة والبيع (وفي النكاح بالله ما بينكما نكاح قائم في الحال) لأنه قد يطرأ عليه الخلع (وفي دعوى الطلاق بالله ما هي بائن مثلك الساعة بما ذكرت ، ولا يستحلف بالله ما طلقها) لأن النكاح قد يحدد بعد الإبانة فيحلف على الحاصل في هذه الوجوه ، لأنه لو حلف على السبب يضرر المدعي عليه ، وهذا قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله .

أما على قول أبي يوسف رحمه الله يحلف في جميع ذلك على السبب إلا إذا عرض للمدعي عليه بما ذكرنا فحينئذ يحلف على الحاصل وقيل ينظر إلى إنكار المدعي عليه إن أنكر السبب يحلف عليه ، وإن أنكر الحكم يحلف على الحاصل فالحاصل هو الأصل عندهما إذا كان سببا يرتفع برافع إلا إذا كان فيه ترك النظر في جانب المدعي ، فحينئذ يحلف على السبب بالإجماع وذلك مثل أن تدعي ميتة نفقة العدة والزوج ممن لا يراها أو ادعى شفعة بالجوار والمشتري لا يراها ، لأنه لو حلف على الحاصل يصدق في محله في معتقده ، فيفوت النظر

في حق المدعى ، وإن كان سببا لا يرتفع برافع فالتحليف على السبب بالإجماع (كالعبد المسلم إذا ادعى العتق على مولاه بخلاف الأمة والعبد الكافر) لأنه يكرر الرق عليها بالردة واللاحق وعليه ينقض العهد واللاحق ولا يكرر على العبد المسلم .

قال (ومن ورث عبدا وادعاه آخر يستحلف على علمه) لأنه لا علم له بما صنع المورث ، فلا يحلف على البتة (وإن وهب له أو اشتراه يحلف على البتة) لوجود المطلق لليمين ، إذ الشراء سبب لثبوت الملك وضعا وكذا الهبة .

قال (ومن ادعى على آخر مالا فافتدى يمينه أو صالحه منها هل عشرة فهو جائز) وهو مأثور عن عثمان رضي الله تعالى عنه (وليس له أن يستحلفه على تلك اليمين أبدا) لأنه أسقط حقه ، والله أعلم بالصواب .

باب التحالف

قال (وإذا اختلف المتبايعان في البيع فادعى أحدهما ثمننا وادعى البائع أكثر منه أو اعترف البائع بقدر من المبيع وادعى المشتري أكثر منه فأقام أحدهما البيعة قضى له بها) لأن في الجانب الآخر مجرد الدعوى والبيعة أقوى منها (وإن أقام كل واحد منهما بيعة كانت البيعة المثبتة للزيادة أولى) لأن البيئات للإثبات ، ولا تعارض في الزيادة (ولو كان الاختلاف في الثمن والمبيع جميعا فبيعة البائع أولى في الثمن ، وبيعة المشتري أولى في المبيع) نظرا إلى زيادة الإثبات (وإن لم يكن لكل واحد منهما بيعة قيل للمشتري إما أن ترضى بالثمن الذي ادعاه البائع وإلا فسخنا البيع ، وقيل للبائع إما أن تسلم ما ادعاه المشتري من المبيع وإلا فسخنا البيع) لأن المقصود قطع المنازعة وهذه جهة فيه لأنه ربما لا يرضيان بالفسخ ، فإذا علما به يتراضيان به (فإن لم يتراضيا استحلف الحاكم كل واحد منهما على دعوى الآخر) وهذا التحالف قبل القبض على وفاق القياس ، لأن البائع يدعي زيادة الثمن والمشتري ينكره ، والمشتري يدعي وجوب تسليم المبيع بما نقد والبائع ينكره ، فكل واحد منهما منكر فيحلف فأما بعد القبض فمخالف للقياس لأن المشتري لا يدعي شيئا ، لأن المبيع سالم له فيبقى دعوى البائع في زيادة الثمن والمشتري ينكرها فيبكتفي بحلفه لمكتنا عبرفته بالنص وهو قوله عليه الصلاة والسلام « إذا اختلف المتبايعان والسلعة قائمة بعينها تحالفا وترادا » .

قال (ويبتدى يمين المشتري) وهذا قول محمد وأبي يوسف رحمهما الله آخره وهو رواية عن أبي حنيفة رحمه الله وهو الصحيح ، لأن المشتري أشدهما إنكاراً لأنه يطلب أولاً بالثمن ، ولأنه يتعجل فائدة النكول وهو إلزام الثمن ، ولو بدى يمين البائع تتأخر المطالبة بتسليم المبيع إلى زمان استيفاء الثمن . وكان أبو يوسف رحمه الله يقول أولاً يبدأ بيمين البائع لقوله عليه الصلاة والسلام : إذا اختلف المتبايعان فالقول ما قاله البائع ، خصه بالذكر وأقل فائدته التقديم (وإن كان بيع عين بعين أو ثمن بثلثين بدأ القاضى بيمين أيهما شاء) لاستوائهما (وصفة ليمين أن يحلف البائع بالله ما باعه بألف ويحلف المشتري بالله ما اشتراه بالثمنين) وقال في الزيادات يحلف بالله ما باعه بألف ولقد باعه بألفين ويحلف المشتري بالله ما اشتراه بالثمنين ولقد اشتراه بألف يضم الإثبات إلى النفي تأكيداً ، والأصح الأقصا على النفي لأن الإيمان على ذلك وضعت دل عليه حديث القسامة «بالله ما قلتم ولا علمتم له قاتل» .

قال (فإن حللنا فسخ القاضى البيع بينهما) وهذا يدل على أنه لا يفسخ بنفس التحالف لأنه لم يثبت ما ادعاه كل واحد منهما فيبقى بيع مجهول فيفسخه القاضى قطعاً للمنازعة ، أو يقال إذا لم يثبت البطل يبنى بيعاً بلا بدل وهو فاسد ولا بد من الفسخ في البيع الفاسد . قال (وإن نكل أحدهما عن التمين لزمه دعوى الآخر) لأنه جعل باذلاً فلم يبق دعواه معارضة لدعوى الآخر فلزم القول بشبوته .

قال (وإن اختلفا في الأجل أو في شرط الخيار أو في استيفاء بعض الثمن فلا تحالف بينهما) لأن هــنا اختلاف في غير المعقود عليه والمعقود به فأشبهه الاختلاف في الخط والإبراء ، وهذا لأن بانعدامه لا يختل ما به قوام العقد بخلاف الاختلاف في وصف الثمن وجنسه حيث يكون بمنزلة الاختلاف في القدر في جريان التحالف لأن ذلك يرجع إلى نفس الثمن ، فإن الثمن دين وهو يعرف بالوصف ولا كذلك الأجل لأنه ليس بوصف ، ألا ترى أن الثمن موجود بعد مضيه .

قال (والقول قول من ينكر الخيار والأجل مع يمينه) لأنهما يثبتان بهارض الشرط والقول لمنكر العوارض .

قال (فإن هلك المبيع ثم اختلفا لم يتحالفا عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله والقول قول المشتري) وقال محمد رحمه الله : يتحالفان ويفسخ البيع على قيمة الهالك

وهو قول الشافعي رحمه الله ، وعلى هذا إذا خرج المبيع عن ملكه أو صار بحال لا يقدر على رده بغير . لهما أن كل واحد منهما يدهي غير المقد الذي يدهيه صاحبه والآخر ينكره وأنه يفيد دفع زيادة الثمن ، فيتحالفان كما إذا اختلفا في جنس الثمن بعد هلاك السلعة . ولأبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله أن التحالف بعد القبض على خلاف القياس لأنه سلم للمشتري ما يدهيه ، وقد ورد الشرع به في حال قيام السلعة والتحالف فيه يفضي إلى الفسخ ، ولا كذلك بعد هلاكها لارتفاع المقد فلم يكن في معناه ، ولأنه لا يبطل بالاختلاف في السبب بعد حصول المقصود ، وإنما يراعى من الفائدة ما يوجه العقد وفائدة دفع زيادة الثمن ليست من موجباته وهذا إذا كان الثمن ديناً ، فإن كان عيناً يتحالفان لأن المبيع في أحد الجانبين قائم فتوفر فائدة الفسخ ثم يرد مثل المالك إن كان له مثل أو قيمته إن لم يكن له مثل .

قال (وإن هلك أحد العبدین ثم اختلفا في الثمن لم يتحالفا عند أبي حنيفة رحمه الله إلا أن يرضى البائع أن يترك حصة المالك من الثمن . وفي الجامع الصغير القول قول المشتري مع يمينه عند أبي حنيفة رحمه الله إلا أن يشاء البائع أن يأخذ العبد الحلي ولا شيء له من قيمة المالك ؛ وقال أبو يوسف رحمه الله . يتحالفان في الحلي ويفسخ المقد في الحلي ، والقول قول المشتري في قيمة المالك . وقال محمد رحمه الله يتحالفان عليهما ويرد الحلي وقيمة المالك) لأن هلاك كل السلعة لا يمنع التحالف عنده فهلاك البعض أولى . ولأبي يوسف رحمه الله أن امتناع التحالف للهلاك فيقتدر بقدره . ولأبي حنيفة رحمه الله أن التحالف على خلاف القياس في حال قيام السلعة وهي اسم لجميع أجزائها فلا تبقى السلعة بقوات بعضها ولأنه لا يمكن التحالف في القائم إلا على اعتبار حصته من الثمن فلا بد من القسمة على القيمة وهي تعرف بالخزر والظن فيؤدي إلى التحالف مع الجهل ، وذلك لا يجوز إلا أن يرضى البائع أن يترك حصة المالك أصلاً لأنه حينئذ يكون الثمن كله بمقابلة القائم ، ويخرج المالك عن العقد فيتحالفان ، وهذا تخريج بعض المشايخ رحمهم الله . ويصرف الاستثناء عندهم إلى التحالف كما ذكرنا . وقالوا : إن المراد من قوله في الجامع الصغير يأخذ الحلي ولا شيء له : معناه لا يأخذ من ثمن المالك شيئاً أصلاً . وقال بعض المشايخ رحمهم الله : يأخذ من ثمن المالك بقدر ما أقر به المشتري وإنما لا يأخذ الزيادة ، وعلى قول هؤلاء ينصرف الاستثناء إلى يمين المشتري إلى التحالف لأنه لما أوجب البائع بقول المشتري فقد صلح فلا يحلف المشتري ؛ ثم تفسر التحالف على قول محمد ما يبيحه

في القائم ، وإذا حلفا ولم يتفقا على شيء فادعى أحدهما الفسخ أو كلاهما يفسخ العقد بينهما ويأمر بالتقاضى المشتري برد الباقي بقيمة المالك .

واختلفوا في تفسيره على قول أبي يوسف رحمه الله . والصحيح أنه يحلف المشتري بالله ما اشترىتهما بما يديه البائع ، فإن نكل لزمه دعوى البائع وإن حلف يحلف البائع بالله ما بهتتهما بالثمن الذي يديه المشتري ، فإن نكل لزمه دعوى المشتري ، وإن حلف يفسخان العقد في القائم وتسقط حصته من الثمن ويلزم المشتري حصة المالك ويعتبر قيمتهما في الانقسام يوم القبض .

(وإن اختلفا في قيمة المالك يوم القبض فالقول قول البائع ، وأيهما أقام البينة تقبل بيته ، وإن أقامها فبيته البائع أولى) وهو قياس ما ذكر في بيع الأصيل (اشترى عبدان وقبضهما ثم رد أحدهما بالميب وهلك الآخر عنده يجب عليه ثمن ما هلك عنده ويسقط عنه ثمن ماردّه ويتقسم الثمن على قيمتهما ، فإن اختلفا في قيمة المالك فالقول قول البائع) لأن الثمن قد وجب بانفاقهما ، ثم المشتري يدهى زيادة السقوط بتقصان قيمة المالك والبائع ينكره والقول للمنكر (وإن أقاما البينة فبيته البائع أولى) لأنها أكثر إثباتا ظاهرا لإثباتها الزيادة في قيمة المالك وهذا لفقّه ، وهو أن في الأيمان تعتبر الحقيقة لأنها ترجح على أحد المعادين وهما يعرفان حقيقة الحال فبنى الأمر عليها والبائع منكر حقيقة ، فلذا كان القول قوله ، وفي البيئات يعتبر الظاهر لأن الشاهدين لا يعلمان حقيقة الحال فاعتبر الظاهر في حقهما والبائع مدع ظاهرها فلهذا تقبل بينته أيضا وترجح بالزيادة الظاهرة على ما مر وعلما بين لك معنى ما ذكرناه من قول أبي يوسف رحمه الله .

قال (ومن اشترى جارية وقبضها ثم تقايلا ثم اختلفا في الثمن فلزمها يتحالفان ويعود البيع الأول) ونحن ما أثبتنا التحالف فيه بالنص لأنه ورد في البيع المطلق والإقالة ففسخ في حق المتعاقدين ، وإنما أثبتناه بالقياس لأن المسئلة مفروضة قبل القبض والقياس يوافقه على ما مر ، ولذا نقيس الإجارة على البيع قبل القبض والوارث على العاقد والقيمة على العين فيها إذا استهلكه في يد البائع غير المشتري .

قال (ولو قبض البائع بعد الإقالة فلا تحالف عند أبي حنيفة وأبي يوسف حمهما الله خلافا لحمد رحمه الله) لأنه يرى النص مطولا بعد القبض أيضا .

قال (ومن أسلم عشرة دراهم في كر حنطة ثم تقايلا ثم اختلفا في الثمن ، فالقول قول .

المسلم إليه ولا يعود السلم) لأن الإقالة في باب السلم لا تحصل النقص لأنه إسقاط فلا يعود السلم بخلاف الإقالة في البيع ، ألا ترى أن رأس مال السلم لو كان عرضاً فردّه بالعيب وهلك قبل التسليم لم يرب السلم لا يعود السلم ، ولو كان ذلك في بيع العين يعود البيع له على الفرق بينهما .

قال (وإذا اختلف الزوجان في المهر فادعى الزوج أنه تزوجها بألف وقالت زوجتي بألفين فأيهما أقام البيّنة تقبل بيّنته) لأنه نورّ دعواه بالحجة (وإن أقاما البيّنة فالبيّنة بيّنة المرأة) لأنها تثبت الزيادة ، معناه إذا كان مهر مثلها أقل مما ادعته (وإن لم تكن لهما بيّنة تحالفا عند أبي حنيفة رحمه الله ولا يفسخ النكاح) لأن أثر التحالف في انعدام التسمية وإنه لا يخلّ بصحة النكاح لأن المهر تابع فيه بخلاف البيع ، لأن عدم التسمية يفسده على ماهر* فيفسخ (ولكن يحكم مهر المثل ، فإن كان مثله ما اعترف به الزوج أو أقلّ قضى بما قال الزوج) لأن الظاهر شاهد له (وإن كان مثل ما ادعته المرأة أو أكثر ، قضى بما ادعته المرأة وإن كان مهر المثل أكثر مما اعترف به الزوج وأقلّ مما ادعته المرأة قضى لما بمهر المثل) لأنهما لما تحالفا لم تثبت الزيادة على مهر المثل ولا الخط عنه :

قال رضى الله عنه : ذكر التحالف أولاً ثم التحكيم ، وهذا قول الكرخي رحمه الله لأن مهر المثل لا اعتبار له مع وجود التسمية ومقووط اعتبارها بالتحالف فلهذا يقلّم في الوجوه كلها ويبدأ يمين الزوج عند أبي حنيفة ومحمد ورضي الله عنهما الله تمجيلاً لفائدة النكول كما في المشتري ، وتخريج الرازي رحمه الله بخلافه ، وقد استغنيتاه في الشكّات وذكرنا محالّ أبي يوسف رحمه الله فلا نعيده .

(ولو ادعى الزوج النكاح على هذا العبد والمرأة تدعيه على هذه الجارية فهو كالنكاح المتقدم إلا أن قيمة الجارية إذا كانت مثل مهر المثل يكون لها قيمتها دون جهتها) لأن تمسكها لا يكون إلا بالتراضى ولم يوجد فوجب القيمة (وإن اختلفا في الإجارة قبل استيفاء المقوّد عليه تحالفا وتراداً معناه اختلفا في البذل أو في المبدل لأن التحالف في البيع قبل القبض على وفاق القياس على ماهر* ، والإجارة قبل قبض المنفعة نظير البيع قبل قبض المبيع وكلاهما قبل استيفاء المنفعة (وإن وقع الاختلاف في الأجرة يبدأ يمين المستأجر) لأنه منكر لوجوب الأجرة (وإن وقع في المنفعة يبدأ يمين المؤجر وأيهما نكل نزع دعوى صاحبه وأيهما أقام البيّنة قبلت ، ولو أقامها فبيّنة المؤجر أولى إن كان الاختلاف

في الأجرة، وإن كان في المنافع فيئة المستأجر أولى، وإن كان فيما قبلت بينة كل واحد منهما فيما يدعيه من الفضل) نحو أن يدعى هذا شهرا بعشرة والمستأجر شهرين بخمسة يقضى بشهرين بعشرة .

قال (وإن اختلفا بعد الاستيفاء لم يتحالفا وكان القول قول المستأجر) وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله ظاهر لأن هلاك المقود عليه يمنع التحالف بينهما ، وكذا على أصل محمد رحمه الله ، لأن الهلاك إنما لا يمنع عنده في المبيع لما أن له قيمة تقوم مقامه فيتحالفان عليها ، ولو جرى التحالف ههنا وفسخ العقد ، فلا قيمة لأن المنافع لا تقوم بنفسها بل بالعقد وتبين أنه لا عقد ، وإذا امتنع فالقول للمستأجر مع يمينه لأنه هو المستحق عليه (وإن اختلفا بعد استيفاء بعض المقود عليه تحالفا وفسخ العقد فيما بقي وكان القول في الماضي قول المستأجر) لأن العقد يتعقد ساعة فساعة فيصير في كل جزء من المبيعة كان ابتداء العقد عليها بخلاف البيع لأن العقد فيه دفعة واحدة ، فإذا تعلل في البعض تعلل في الكل .

قال (وإذا اختلف المولى والمكاتب في مال الكتابة لم يتحالفا عند أبي حنيفة رحمه الله ، وقالوا : يتحالفان وتفسخ الكتابة) وهو قول الشافعي رحمه الله ، لأنه عقد معاوضة يقبل التسخ فأنشبه البيع ، والجامع أن المولى يدعى بدلا زائدا ينكره العبد ، والعبد يدعى استحقاق العتق عليه عند أداء القدر الذي يدعيه ، والمولى ينكره فيحالفان كما إذا اختلفا في الثمن . ولأبي حنيفة رحمه الله أن البذل مقابل بفك الحجر في حق اليد والتصرف للحال وهو سالم للعبد ، وإنما يتقلب مقابلا بالعتق عند الأداء قبله لا عقابله فبقي اختلافهما في قدر البذل لاخير فلا يتحالفان .

قال (وإذا اختلف الزوجان في متاع البيت فما يصلح للرجال فهو للرجل كالعمامة) لأن الظاهر شاهد له (وما يصلح للنساء فهو للمرأة كالوقاية) لشهادة الظاهر لها (وما يصلح لهما كالآنية فهو للرجل) لأن المرأة وما في يدها في يد الزوج ، والقول في الدعاوى لصاحب اليد بخلاف ما ينص بها لأنه يعارضه ظاهر أقوى منه ، ولا فرق بين ما إذا كان الاختلاف في حال قيام النكاح أو بعد أو ما وقعت الفرقة (فإن مات أحدهما واختلفت ورثته مع الآخر فما يصلح للرجال والنساء فهو للباقي منهما) لأن اليد للحى دون الميت ، وهذا الذي ذكرناه قول أبي حنيفة رحمه الله .

وقال أبو يوسف رحمه الله : يدفع إلى المرأة ما يجهز به مثلها والباقي للزوج مع مجبه لأن الظاهر أن المرأة تأتي بالجهاز ، وهذا أقوى فيطلى به ظاهر يد الزوج ثم في الباقي لامعارض لظاهره فيعتبر (والطلاق والموت سواء) لقيام الورثة مقام مورثهم (وقال محمد رحمه الله : ما كان للرجل فهو للرجل وما كان للنساء فهو للمرأة وما يكون لهما فهو للرجل أو لورثته) لما قلنا لأبي حنيفة رحمه الله (والطلاق والموت سواء) لقيام الوارث مقام المورث (وإن كان أحدهما مملوكا فالمتاع للحرف في حالة الحياة) لأن يد الحر أقوى (وللميت بعد المات) لأنه لا يد للميت فخلت يد الحي عن المعارض (وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله . وقال : العبد المأذون له في التجارة والمكاتب بمنزلة الحر) لأن لهما يدا معتبرة في الخصومات .

فصل : فيمن لا يكون خصما

(وإن قال المدعى عليه : هذا الشيء أودعته فلان الغائب ، أورهته عندى أو خصمته منه وأقام بيته على ذلك فلا خصومة بيته وبين المدعى) وكذا إذا قال : أجرني وأقام البينة لأنه أثبت بيته أن يده ليست بيد خصومة . وقال ابن شبرمة : لا تندفع الخصومة لأنه تعذر إثبات الملك للغائب لعدم الخصم عنه ودفع الخصومة بناء عليه . قلنا : مقتضى البينة شيان ثبوت الملك للغائب ، ولا خصم فيه فلم يثبت ودفع خصومة المدعى ، وهو خصم فيه فيثبت وهو كالوكيل بنقل امرأة كإقامتها البينة على الطلاق كما يبناه من قبل ولا تندفع بدون إقامة البينة كما قاله ابن أبي ليلى ، لأنه صار خصما بظاهر يده فهو باقراره يريد أن يحول حقا مستحقا على نفسه فلا يصدق إلا بالحجة كما إذا ادعى نحوك الدين من ذمته إلى ذمة غيره .

(وقال أبو يوسف رحمه الله آخرها : إن كان الرجل صالحا فالجواب كما قلناه ، وإن كان معروفا بالحيل لا تندفع عنه الخصومة) لأن المختال من الناس قد يدفع ماله إلى مسافر يودعه إياه ، ويشهد عليه الشهود ، فيحتال لإبطال حق غيره فإذا اتهم القاضي به لا يقبله (ولو قال الشهود أودعته رجل لا نعرفه لا تندفع عنه الخصومة) لاحتمال أن يكون المودع هو هذا المدعى ، ولأنه ما أحاله إلى معين يمكن المدعى اتباعه ، فلو اندفعت لتضرر به المدعى ، ولو قالوا : نعرفه بوجهه ولا نعرفه باسمه ونسبه فكذلك الجواب عند محمد رحمه الله للوجه الثاني . وعند أبي حنيفة رحمه الله تندفع لأنه أثبت بيته أن معين وصل إليه من جهة غيره حيث عرفه الشهود بوجهه ، بخلاف الفصل الأول فلم تكن

يده يد خصومة وهو المقصود ، والمدعى هو الذى أضر بنفسه حيث نسي خصمه أو أضره
شهوده دون المدعى عليه ، وهذه المسئلة خمسة كتاب الدعوى وقد ذكرنا الأقوال الخمسة
(وإن قال ابتعت من الغائب فهو خصم) لأنه لما زعم أن يده يد ملك اعترف بكونه خصما
(وإن قال المدعى خصمته منى أو سرقته منى لا تتلغى الخصومة ، وإن أقام ذواليد البينة
على الوديمة) لأنه إنما صار خصما بدعى الفعل عليه لا بيده ، بخلاف دعوى الملك المطلق
لأنه خصم فيه باعتبار يده حتى لا يصح دعواه على غير ذى اليد ويصح دعوى الفعل
(وإن قال المدعى : سرق منى وقال صاحب اليد : أودعني فلان وأقام البينة لم تندفع
الخصومة) وهذا قول أبي حنيفة وأبي يوسف ، وهو استحسان . وقال محمد : تندفع
لأنه لم يدع الفعل عليه فصار كما إذا قال : غصب منى على مالم بسم فاعله . ولما أن ذكر
الفعل يستدعى الفاعل لا محالة ، والظاهر أنه هو الذى فى يده إلا أنه لم يعينه درءا للحد
شفقة عليه وإقامة الحسبة البتر فصار كما إذا قال : سرق ، بخلاف الغصب لأنه لا حد
فيه فلا يحرز عن كشفه (وإن قال المدعى : ابتعت من فلان وقال صاحب اليد : أودعني
فلان ذلك أسقطت الخصومة بغير بينة) لأنهما توافقا على أن أصل الملك فيه لغيره فيكون
وصولا إلى يد ذى اليد من بيته فلم تكن يده يد خصومة إلا أن يقيم البينة أن فلانا
وكله بقبضه ، لأنه أثبت بيئته كونه أحق بأصا كلها والله أعلم :

باب ما يدعيه الرجلان

قال (وإذا ادعى اثنان عينا فى يد آخر كل واحد منها يزعم أنها له وأقاما البينة
فقضى بها بينهما) وقال الشافعي رحمه الله فى قول : تهايرتا ، وفى قول يقرع بينهما لأن
إحدى البينتين كاذبة يقيين لاستحالة اجتماع المالكين فى الكل فى حالة واحدة ، وقد
تعلل التميز فيتأثران أو يصار إلى القرعة لأن النبی عليه الصلاة والسلام أقرع فيه وقال
ه اللهم أنت الحكم بينهما ، ولنا حديث تميم بن طرفة وأن رجلين اختصما إلى رسول الله
صلى الله عليه وآله وسلم فى ناقة وأقام كل واحد منهما البينة فقفى بها بينهما نصفين
وحديث القرعة كان فى ابتداء الإسلام ثم نسخ ولأن المطلق للشهادة فى حق كل واحد
منهما يحتمل الوجود بأن يعتمد أحدهما سبب الملك والآخر اليد فصحت الشهادتان فيجب
العمل بهما ما أمكن وقد أمكن بالتنصيف ، إذ الحبل يقبله وإنما ينصف لاستوائهما فى
صواب الاستحقاق .

قال (فإن ادعى كل واحد منهما نكاح امرأة وأقاما بينة لم يقض بواسطة من البنتين) لتعذر العمل بهما ، لأن الحمل لا يقبل الاشتراك .

قال (ويرجع إلى تصديق المرأة لأحدهما) لأن النكاح مما يحكم به بتصادق الزوجين وهذا إذا لم تزقت البنتان ، فأما إذا وقتا فصاحب الوقت الأول (وإن أقرت لأحدهما قبل إقامة البينة فهي امرأته) لتصادقهما (وإن أقام الآخر البينة قضى بها) لأن البينة أقوى من الإقرار (ولو تفرد أحدهما بالدعوى والمرأة تجحد فأقام البينة وقضى بها القاضي له ثم ادعى الآخر وأقام البينة على مثل ذلك لا يحكم بها) لأن القضاء الأول قد صح فلا يتقض بما هو مثله بل هو دونه (إلا أن يؤقت شهود الثاني سابقا) لأنه ظهر انحطاط في الأول يبين ، وكذا إذا كانت المرأة في يد الزوج ونكاحه ظاهر لا تقبل بينة الخارج إلا على وجه سبق .

قال (ولو ادعى اثنان كل واحد منهما أنه اشترى منه هذا العبد) معناه من صاحب اليد (وأقاما بينة فكل واحد منهما بالخيار إن شاء أخذ نصف العبد بنصف الثمن وإن شاء ترك) لأن القاضي يقضى بينهما نصفين لاستوائهما في السبب فصارا كالتفصيلين إذا باع كل واحد منهما من رجل وأجاز المالك اليعين بغير كل واحد منهما لأنه تغير عليه شرط عقده فلعل رغبته في تملك الكل فيرده ويأخذ كل الثمن لو أراد (فإن قضى القاضي به بينهما فقال أحدهما لا أختار لم يكن للآخر أن يأخذ جميعه) لأنه صار مقضيا عليه في النصف فانفسخ البيع فيه وهذا لأنه خصم فيه لظهور استحقاقه بالبينة لولا بينة صاحبه ، بخلاف ما لو قال ذلك قبل تغيير القاضي حيث يكون له أن يأخذ الجميع لأنه يدعى الكل ولم يفسخ سببه والعود إلى النصف للمزاحة ولم توجد ، ونظيره تسليم أحد الشفيعين قبل إلقاء ، ونظير الأول تسليمه بعد القضاء (ولو ذكر كل واحد منهما تاريخا فهو للأول منهما) لأنه أثبت الشراء في زمان لا يتنازع فيه أحد فانتفع الآخر به (ولو وقت إحداها ولم تزقت الأخرى فهو لصاحب الوقت) لثبوت ملكه في ذلك الوقت ، واحتمل الآخر أن يكون قبله أو بعده فلا يقضى له بالملك (وإن لم يذكر تاريخا ومع أحدهما قبض فهو أولى) ومعناه أنه في يده لأن تحكمه من قبضه يدل على سبق شرائه ، ولأنهما استويا في الإثبات فلا تنقض اليد الثابتة بالملك ، وكذا لو ذكر الآخر وقتا لما بينا إلا أن يشهدوا أن شراءه كان قبل شراء صاحب اليد لأن الصريح يفوق الدلالة .

قال (وإن ادعى أحدهما شراء والآخر هبة وقبضا) معناه من واحد (وأقاما بيينة ولا تاريخ معهما فالشراء أولى) لأن الشراء أقوى لكونه معاوضة من الجائنين ، ولأنه يثبت الملك بنفسه والملك في الهبة يتوقف على القبض ، وكلنا الشراء والصدقة مع القبض لا يينا .

(والهبة والقبض والصدقة مع القبض سواء حتى يقضى بينهما) لاستوائهما في وجه التبرع ولا ترجيح بالزوم ، لأنه يرجع إلى المآل ، والترجيح بمعنى قائم في الحال . وهذا فيما لا يحتمل القسمة صحيح ، وكلنا فيما يحتملها عند البعض لأن الشيوخ طارىء ، وعند البعض لا يصح لأنه تنفيذ الهبة في الشائع وصار إقامة البينتين على الارتبان ، وهذا أصح .

قال (وإذا ادعى أحدهما الشراء وادعت امرأته أنه تزوجها عليه فهما سواء) لاستوائهما في القوة فإن كل واحد منهما عقد معاوضة يثبت الملك بنفسه ، وهذا عند أبي يوسف رحمه الله ، وقال محمد رحمه الله الشراء أولى ولها على الزوج القيمة لأنه أمكن الفصل بالبينتين بتقديم الشراء إذ الزوج على عين مملوكة للغير صحيح ونجب قيمته عند تعلم تسليمه (وإن ادعى أحدهما رهنا وقبضا والآخر هبة وقبضا وأقاما بيينة فالرهن أولى) وهذا استحسان ، وفي القياس الهبة أولى لأنها تثبت الملك والرهن لا يثبت . وجه الاستحسان أن المقبوض بحكم الرهن مضمون وبحكم الهبة غير مضمون وعقد الضمان أقوى ، بخلاف الهبة بشرط العوض لأنه بيع انتهاء والبيع أولى من الرهن لأنه عقد ضمان يثبت الملك صورة ومعنى والرهن لا يثبت إلا عند الهلاك معنى لاصورة فكذلك الهبة بشرط العوض (وإن أقام الخارجان البينة على الملك والتاريخ فصاحب التاريخ الأقدم أولى) لأنه أثبت أنه أول المالكين فلا يتلقى الملك إلا من جهته ولم يتلق الآخر منه .

قال (ولو ادعيا الشراء من واحد) معناه من غير صاحب اليد (وأقاما البينة على تاريخين فالأول أولى) لا يينا أنه أثبت في وقت لا منازع له فيه (وإن أقام كل واحد منهما البينة على الشراء من آخر وذكرنا تاريخا فهما سواء) لأنهما يثبتان الملك للبائعين فيصير كأنهما حضرا ثم يغير كل واحد منهما كما ذكرنا من قبل (ولو وقت إحدى البينتين وقتا ولم توقت الأخرى قضى بينهما نصفين) لأن توقيت أحدهما لا يدل على تقدم الملك لجواز أن يكون الآخر أقدم ، بخلاف ما إذا كان البائع واحدا لأنهما اتفقا على أن الملك لا يتلقى إلا من جهته ، فإذا أثبت أحدهما تاريخا يحكم به حتى يبين أنه تقلعه شراء غيره (ولو ادعى

أحدهما الشراء من رجل والآخرة والقبض من غيره والثالث الميراث من أبيه وهرايع
للصدقة والقبض من آخر قضى بينهم أرباعاً) لأنهم يتلقون الملك من بائعهم فيجعل كأهم
حضر وأقاموا البيعة على الملك المطلق .

قال (وإن أقام الخارج البيعة على ملك مؤرخ وصاحب اليد بيعة على ملك أقدم تاريخاً
كان أولى) وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله وهو رواية عن محمد رحمه الله .
وعنه رحمه الله أنه لا تنيل بيعة ذي اليد رجوع إليه لأن البيعتين قامتا على مطلق الملك ولم
يتعرضا بلهية الملك فكان التقديم والتأخر سواء .

ولما أن البيعة مع التاريخ متضمنة معنى الدفع ، فإن الملك إذا ثبت لشخص في وقت
قبضه لغيره بعده لا يكون إلا بالتلق من جهة وبينه ذي اليد على الدفع مقبولة ، وعلى هذا
الخلاص لو كانت الدار في أيديهما ، والمعنى ما بينا . ولو أقام الخارج وذو اليد البيعة على
ملك مطلق ووقت إحداهما دون الأخرى ، فعل قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله الخارج أولى .
وقال أبو يوسف رحمه الله وهو رواية عن أبي حنيفة : صاحب الوقت أولى ، لأنه
أقدم وصار كما في دعوى الشراء إذا أرخت إحداهما كان صاحب التاريخ أولى : ولما
أن بيعة ذي اليد إنما تقبل ، لتضمنها معنى الدفع ولا دفع ههنا حيث وقع الشك في التلق
من جهته ، وعلى هذا إذا كانت الدار في أيديهما ، ولو كانت في يد ثالث والمسئلة بحالها
فهما سواء عند أبي حنيفة رحمه الله . وقال أبو يوسف الذي وقت أولى . وقال محمد
رحمه الله الذي أطلق أولى لأنه ادعى أولية الملك بدليل استحقاق الزوائد ورجوع الباعة
بعضهم على البعض . ولأبي يوسف رحمه الله أن التاريخ يوجب الملك في ذلك الوقت
يقين ، والإطلاق يحمل غير الأولية والترجيح باليقين كما لو ادعى الشراء . ولأبي حنيفة
رحمه الله أن التاريخ يضاهيه احتمال عدم التقدم فسقط اعتباره فصار كما إذا أقم البيعة
على ملك مطلق ، بخلاف الشراء لأنه أمر حادث فيضاف إلى أقرب الأوقات فيترجع جانب
صاحب التاريخ .

قال (وإن أقام الخارج وصاحب اليد كل واحد منهما بيعة على التنازع فصاحب اليد
أولى) لأن البيعة قامت على ما لا تدل عليه اليد فاستويا وترجحت بيعة ذي اليد باليد
فيقضى له ، وهذا هو الصحيح خلافاً لما يقوله عيسى بن أبان رحمه الله أنه تناهر البستان
ويترك في يده لا على طريق القضاء ، ولو تلقى كل واحد منهما الملك من رجل وأقام البيعة

على التاج عنده فهو بمنزلة إقامتها على التاج في يد نفسه (ولو أقام أحدهما البيعة على الملك والآخر على التاج فصاحب التاج أولى أيهما كان) لأن بيئته قامت على أولوية الملك فلا يثبت الملك للآخر إلا بالتقوى من جهته وكذلك إذا كانت الدعوى بين خارجين فبيعة التاج أولى لما ذكرنا (ولو مضى بالتاج لصاحب اليد ثم أقام ثالث البيعة على التاج يقضى له إلا أن يعيدها ذواليد) لأن الثالث لم يصير مقضيا عليه بملك القضية ، وكذا المقضى عليه بالملك المطلق إذا أقام البيعة على التاج تقبل وينقض القضاء لأنه بمنزلة النص والأول بمنزلة الاجتهاد .

قال (وكذلك التسج في الثياب التي لا تنسج إلا مرة) كنزل القطن (وكذلك كل سبب في الملك لا يتكرر) لأنه في معنى التاج كحلب اللبن واتخاذ الجبن والبد والمرعى وجزر الصوف . وإن كان يتكرر قضى به للخارج بمنزلة الملك المطلق وهو مثل الخبز والبناء والغرس وزراعة الحنطة والمحبوب ، فإن أشكل يرجع إلى أهل الخبرة لأنهم أمروا به ، فإن أشكل عليهم قضى به للخارج لأن القضاء ببيئته هو الأصل والمطلوب عنه بخبر التاج فإذا لم يعلم يرجع إلى الأصل .

قال (وإن أقام الخارج البيعة على الملك المطلق وصاحب اليد البيعة على الشراء منه كان صاحب اليد أولى) لأن الأول إن كان يدهى أولى الملك فهذا تلقى منه وفي هذا لا تناقض فصار كما إذا أقر بالملك له ثم ادعى الشراء منه .

قال (وإن أقام كل واحد منهما البيعة على الشراء من الآخر ولا تاريخ معهما تهاوت البيعتان وترك الدار في يد ذي اليد) قال : وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله . وعلى قول محمد يقضى بالبيعتين ويكون للخارج ، لأن العمل بهما ممكن ، فيجعل كأنه اشترى ذو اليد من الآخر وقضى ثم باع الدار لأن القبض دلالة السبق على ما مر ، ولا يعكس الأمر لأن البيع قبل القبض لا يجوز وإن كان في العقار عنده : ولما أن الإقدام على الشراء إقرار منه بالملك للبائع فصار كأنهما قامتا على الإقرارين وفيه التهاوت بالإجماع كذا هنا ؛ ولأن السبب يراد لحكمه وهو الملك وهما لا يمكن القضاء لذى اليد ، إلا بملك مستحق فبقي القضاء له بمجرد السبب وأنه لا يفيد ، ثم لو شهدت البيعتان على نقد الثمن فالألف بالألف فصاحبها إذا استويا لوجود قبض مضمون من كل جانب وإن لم يشهدوا على نقد الثمن فالقبض مذهب محمد ورحمته الله الوجوب عنده . ولو شهد

التوفيقان بالبيع والقبض تهازنا بالإجماع ، لأن الجمع غير ممكن عند محمد رحمه الله لجواز كل واحد من البيعين بخلاف الأول . وإن وقت البيتان في العقار ولم تثبتا قبضا ووقت الخارج أسبق يقضى لصاحب اليد عندهما ، فيجعل كأن الخارج اشترى أولا ثم باع قبل القبض من صاحب اليد وهو جائز في العقار عندهما . وعند محمد رحمه الله يقضى للخارج لأنه لا يضح يبعه قبل القبض فيبقى على ملكه ، وإن أثبتا قبضا يقضى لصاحب اليد لأن البيعين جازان على القولين ، وإن كان وقت صاحب اليد أسبق يقضى للخارج في الوجهين فيجعل كأنه اشتراها ذو اليد وقبض ثم باع ولم يسلم أو سلم ثم وصل إليه بسبب آخر .

قال (وإن أقام أحد المدعين شاهدين والآخر أربعة فهما سواء) لأن شهادة كل شاهدين حلة تامة كما في حالة الانفراد والرجح لا يقع بكثرة العلل بل بقوة فيها على ما عرفت .

قال (وإذا كانت دار في يد رجل ادعاها اثنان أحدهما جميعها والآخر نصفها وأقاما البيعة فلصاحب الجميع ثلاثة أرباعها ولصاحب النصف ربعها عند أبي حنيفة رحمه الله) اعتبارا بطريق المنازعة فإن صاحب النصف لا ينازع الآخر في النصف مسلم له بلا منازع واستوت منازعتهم في النصف الآخر فينصف بينهما (وقالوا : هي بينهما أثلاثا) فاعتبرا طريق العول والمضاربة ، فصاحب الجميع يضرب بكل حقه سهمين وصاحب النصف يضرب بسهم واحد فنقسم أثلاثا ، ولهذا المسئلة نظائر وأضداد لا يحتملها هذا المختصر وقد ذكرناها في الزيادات .

قال (ولو كانت في أيديهما سلم لصاحب الجميع نصفها على وجه القضاء ونصفها لآخر وجه القضاء) لأنه خارج في النصف فيقضى بيئته والنصف الذي في يديه صاحبه لا يدميه لأن مدعاه النصف وهو في يده مسلم له ، ولو لم يتصرف إليه دعواه كان ظلما بما سلكه ولا قضاء بدون الدعوى فيترك في يده .

قال (وإذا تنازعا في دابة وأقام كل واحد منهما بيعة أنها نتجت عنده وذكرنا تاريخا ومن الدابة يوافق أحد التاريخين فهو أولى) لأن الحال يشهد له فيترجح (وإن أشكل ذلك كانت بينهما) لأنه سقط التوقيت فصارت كأنهما لم يذكرنا تاريخا ، وإن خالف من الدابة الوقتين بطلت البيعتان كذا ذكره الحاكم الشهيد لأنه ظهر كذب الفريقين فترك في يد من كانت في يده :

قال (وإذا كان عبد في يد رجل أقام رجلان عليه البيعة أحدهما بنصب والآخر بودعة فهو بينهما) لاستوائهما في الاستحقاق .

فصل في التنازع بالأيدى

قال (وإذا تنازعا في دابة أحدهما راكبها والآخر متعلق بليحهما فالراكب أولى) لأن تصرفه أظهر فإنه يختص بالملك (وكذا إذا كان أحدهما راكبا في السرج ، والآخر وديقه فالراكب أولى) بخلاف ما إذا كانا راكبين حيث تكون بينهما لاستوائهما في التصرف (وكذا إذا تنازعا في بعير وعليه حل لأحدهما ، وللآخر كوز متعلق فصاحب الحمل أولى) لأنه هو المتصرف (وكذا إذا تنازعا في قيس أحدهما لابس والآخر متعلق بكه فاللابس أولى) لأنه أظهرهما تصرفا (ولو تنازعا في بساط أحدهما جالس عليه ، والآخر متعلق به فهو بينهما) معناه لا على طريق القضاء ، لأن القعود ليس بيد عليه فاستويا .

قال (وإذا كان ثوب في يد رجل وطرف منه في يد آخر فهو بينهما نصفان) لأن الزيادة من جنس الحجة فلا توجب زيادة في الاستحقاق .

قال (وإذا كان صبي في يد رجل وهو يعبر عن نفسه فقال أنا حر فالقول قوله) لأنه في يد نفسه (ولو قال : أنا عبد لفلان فهو عبد للذي هو في يده) لأنه أقر بأنه لا يده له حيث أقر بالرق (وإن كان لا يعبر عن نفسه فهو عبد للذي هو في يده) لأنه لا يده له على نفسه لما كان لا يعبر عنها وهو بمنزلة المتاع بخلاف ما إذا كان يعبر ، فلو كبر وادعى الحرية لا يكون القول قوله لأنه ظهر الرق عليه في حال صفه .

قال (وإذا كان الحائط لرجل عليه جنود أو متصل بينائه ولآخر عليه هراى فهو لصاحب الجدوع والاتصال والهراى ليست بشيء) لأن صاحب الجدوع صاحب استعمال والآخر صاحب تعلق فصار كدابة تنازعا فيها ولأحدهما حل عليها وللآخر كوز متعلق بها ، والمراد بالاتصال مداخلة لبن جداره فيه ولبن هذا في جداره ، وقد يسمى اتصال ترييح وهذا شاهد ظاهر لصاحبه لأن بعض بنائه على بعض بناء هذا الحائط ، وقوله الهراى ليست بشيء يدل على أنه لا اعتبار للهراى أصلا وكذا البوارى ، لأن الحائط لا يبنى لهما أصلا حتى لو تنازعا في حائط ولأحدهما عليه هراى وليس للآخر عليه شيء فهو بينهما (ولو كان لكل واحد منهما عليه جنود ثلاثة فهو بينهما) لاستوائهما ولا محير

بالأكثر منها بعد الثلاثة (وإن كان جذوع أحدهما أقل من ثلاثة فهو لصاحب الثلاثة وللآخر موضع جذعه) في رواية . وفي رواية لكل واحد منهما ما تحت خشبته ، ثم قيل ما بين الخشب بينهما ، وقيل على قدر خشبهما والقياس أن يكون بينهما نصفين ، لأنه لا معتبر بالكثرة في نفس الحجة . وجه الثاني : أن الاستعمال من كل واحد بقدر خشبته ، ووجه الأول : أن الحائط بيني موضع كثير الجذوع دون الواحد والمثل في مكان الظاهر شاهدا لصاحب الكثير إلا أنه يبقى له حق الوضع لأن الظاهر ليس بحجة في استحقاق يده (ولو كان لأحدهما جذوع وللآخر اتصال فالأول أولى) ويروى أن الثاني أول . وجه الأول : أن لصاحب الجذوع التصرف ولصاحب الاتصال اليد والتصرف أقوى . وجه الثاني : أن الحائطين بالاتصال يصيران كبناء واحد ، ومن ضرورة القضاء له ببعضه القضاء ب كله ثم يبقى للآخر حق وضع جذوعه لما قلنا وهذه رواية الطحاوي وصحها الجرجاني .

قال (وإذا كانت دار منها في يد رجل عشرة آيات وفي يد آخر بيت فالساحة بينهما نصفان) لاستوائهما في استعمالها وهو المرور فيها .

قال (وإذا ادعى رجلان أرضا) يعني يدعي كل واحد منهما (أنها في يده لم يقض أنها في يد واحد منهما حتى يقبلا البينة أنها في أيديهما) لأن اليد فيها غير مشاهدة لتعلم إحضارها ، وما غاب عن علم القاضي فالبينة تثبته (وإن أقام أحدهما البينة جعلت في يده) لقيام الحجة ، لأن اليد حق مقصود (وإن أقام البينة جعلت في أيديهما) لما بينا فلا تستحق لأحدهما من غير حجة (وإن كان أحدهما قد لبن في الأرض أو بنى أو حفر فهي في يده) لوجود التصرف والاستعمال فيها .

باب دعوى النسب

قال (وإذا باع جارية فجاءت بولد فادعاه البائع ، فإن جاءت به لأقل من ستة أشهر من يوم باع فهو ابن للبائع وأمه أم ولد له) وفي القياس وهو قول زفر والشافعي رحمهما الله دعوته باطلة لأن البيع اصراف منه بأنه عبد فكان في دعواه مناقضا ولا نسب بدون الدعوى .

وجه الاستحسان أن اتصال المولود بملكه شهادة ظاهرة على كونه منه لأن الظاهر

عدم الزنا ومبنى النسب على الخلفاء فيعنى فيه التناقص، وإذا صحت الدعوى استندت إلى وقت العلوق فتبين أنه باع أم ولده فيفسخ البيع لأن بيع أم الولد لا يجوز (ويرد الثمن) لأنه قبضه بغير حق (وإن ادعاه المشتري مع دعوة البائع أو بصدقه فدعوة البائع أولى) لأنها أسبق لاستنادها إلى وقت العلوق وهذه دعوة استيلاء (وإن جاءت به لأكثر من سنتين من وقت البيع لم تصح دعوة البائع) لأنه لم يوجد اتصال العلوق بملكه ثلثنا وهو الشاهد والحجة (إلا إذا صدقه المشتري) فثبت النسب ويحمل على الاستيلاء بالنكاح ولا يبطل البيع ، لأننا ثبنا أن العلوق لم يكن في ملكه فلا يثبت حقيقة الحق ولا حقه ، وهذه دعوة تحرير وغير المالك ليس من أهله (وإن جاءت به لأكثر من ستة أشهر من وقت البيع ، ولأقل من سنتين لم تقبل دعوة البائع فيه إلا أن يصدقه المشتري) لأنه احتمال أن لا يكون العلوق في ملكه فلم توجد الحجة فلا بد من تصديقه ، وإذا صدقه يثبت النسب ويبطل البيع والولد حرّ والأم أم ولد له كما في المسئلة الأولى لتصادقهما واحتمال العلوق في ملكه :

قال (فإن مات الولد فادعاه البائع وقد جاءت به لأقل من ستة أشهر لم يثبت الاستيلاء في الأم) لأنها تابعة للولد ولم يثبت نسبه بعد الموت لعدم حاجته إلى ذلك فلا يتبعه استيلاء الأم (وإن ماتت الأم فادعاه البائع وقد جاءت به لأقل من ستة أشهر يثبت النسب في الولد وأخطه البائع) لأن الولد هو الأصل في النسب فلا يضره فوات التبع ، وإنما كان الولد أصلاً لأنها تصاف إليه يقال أم الولد وتستفيد الحرية من جهته لقوله عليه الصلاة والسلام « أحقها ولدها » والثابت لها حق الحرية وله حقيقتها والأدنى يتبع الأعلى (ويرد الثمن كله في قول أبي حنيفة رحمه الله ، وقالوا : يرد حصّة الولد ولا يرد حصّة الأم) لأنه تبين أنه باع أم ولده وماليتها غير مضومة عنده في العقد والغصب فلا يضمها المشتري وعندهما مضومة فيضمها .

وفي الجامع الصغير : وإذا حبلت الجارية في ملك رجل فباعها فولدت في يد المشتري فادعى البائع الولد وقد أعتق المشتري الأم فهو ابنه ردّ عليه بحصته من الثمن ، ولو كان المشتري إنما أعتق الولد فدعواه باطلة . ووجه الفرق أن الأصل في هذا الباب الولد والأم تابعة له على ما مر ، وفي الفصل الأول قام المانع من الدعوة والاستيلاء وهو العتق في التبع وهو الأم ، فلا يتمتع بثبوته في الأصل وهو الولد ، وليس من ضروراته كما في ولد لغيره فإنه حرّ وأمه أمة لولاهها وكما في المستولدة بالنكاح ، وفي الفصل الثاني قام المانع

بالأصل وهو الولد فيمتنع ثبوته فيه ، وفي التبعية وإنما كان الإعتاق مانعا ، لأنه لا يحتمل النقض كحق استلحاق النسب ، وحق الاستيلاد فاستويا من هذا الوجه ، ثم الثابت من المشتري حقيقة الاعتاق والثابت في الأم حتى الحرية وفي الولد للبائع حتى الدعوة والحق لا يعارض الحقيقة والتدبير بمنزلة الإعتاق لأنه لا يحتمل النقض وقد ثبت به بعض آثار الحرية ، وقوله في الفصل الأول : يرد عليه بحصته من الثمن قولهما وعنده يرد بكل الثمن هو الصحيح كما ذكرنا في فصل الموت .

قال (ومن باع عبدا ولد عنده وباعه المشتري من آخر ثم ادعاه البائع الأول فهو ابنة ويطلق البيع) لأن البيع يحتمل النقض وماله من حق الدعوة لا يحمله فينقض البيع لأجله وكذا إذا كاتب الولد أو رهنه أو أجره أو كاتب الأم أو رهنها أو زوجها ، ثم كانت الدعوة لأن هذه العوارض تحتمل النقض فينقض ذلك كله وتصح الدعوة بخلاف الإعتاق والتدبير على ما مر وبخلاف ما إذا ادعاه المشتري أولا ثم ادعاه البائع حيث لا يثبت للنسب من البائع لأن النسب الثابت من المشتري لا يحتمل النقض فصار كاعتاقه .

قال (ومن ادعى نسب أحد التوأمين ثبت نسبهما منه) لأنها من ماء واحد ، فمن ضرورة ثبوت نسب أحدهما ثبوت نسب الآخر ، وهذا لأن التوأمين ولدان بين ولادتهما أقل من ستة أشهر ، فلا يتصور علوق الثاني حادثا لأنه لا حبل لأقل من ستة أشهر .

وفي الجامع الصغير : إذا كان في يده غلامان توأمين ولدا عنده فباع أحدهما وأعتقه المشتري ، ثم ادعى البائع الذي في يده فهما ابناه ، ويطلق حق المشتري لأنه لما ثبت نسب الولد الذي عنده لمصادقة العلوق والدعوة ملكه إذ المسئلة مفروضة فيه ثبت به حرية الأصل فيه فيثبت نسب الآخر وحرية الأصل فيه ضرورة ، لأنها توأمين فتبين أن حق المشتري وشراؤه لاقى حرية الأصل ، فيطلق بخلاف ما إذا كان الولد واحدا لأن هناك يعطل العتق فيه مقصودا لحق دعوة البائع ، وهنا ثبت تبعا لحيثه فيه حرية الأصل فافترقا (وإن لم يكن أصل العلوق في ملكه ثبت نسب الولد الذي عنده ولا ينقض البيع فيما باع) لأن هذه دعوة تحرير لانتماء شاهد للاتصال فيقتصر على محل ولايته .

قال (وإن كان العبي في يد رجل فقال هو ابن عدي فلان الغائب ، ثم قال : هو ابني لم يكن ابنة أبدا وإن جحد العبد أن يكون ابنة) وهذا عند أبي حنيفة (وقالوا : إذا جحد العبد فهو ابن المولى) وعلى هذا الخلاف إذا قال هو ابن فلان ولد على فراشه ثم

ادعاء لنفسه . فما أن الإقرار ارتد برد العبد فصار كأن لم يكن الإقرار والإقرار بالنسب يرتد بالرد ، وإن كان لا يحمل النقص ، ألا ترى أنه يعمل فيه الإكراه والفزول فصار كما إذا أقر المشتري على البائع بإعتاق المشتري فكذبه البائع ، ثم قال : أنا أعضته يتحول الولاء إليه بخلاف ما إذا صدقه لأنه يدعى بعد ذلك نسباً ثابتاً من الغير وبخلاف ما إذا لم يصدقه ولم يكذبه لأنه تعلق به حق المقر له على اعتبار تصديقه ، فيصير كولد المسلاعة فإنه لا يثبت نسب من غير الملاءن لأن له أن يكذب نفسه ، ولأبي حنيفة رحمه الله : أن النسب مما لا يحمل النقص بعد ثبوته والإقرار بمثله لا يرتد بالرد فحق فتمتنع دعوته كمن شهد على رجل بنسب صغير فردت شهادته لتهمته ثم ادعاء لنفسه ، وهذا لأنه تعلق به حق المقر له على اعتبار تصديقها حتى لو صدقه بعد التكذيب يثبت النسب منه ، وكذا تعلق به حق الولد فلا يرتد برد المقر له ، ومسئلة الولاء على هذا الخلاف ، ولو سلم فالولاء قد يبطل باعتراض الأقوى كجور الولاء من جانب الأم إلى قوم الأب ، وقد اعترض على الولاء الموقوف ما هو أقوى ، وهو دعوى المشتري فيبطل به بخلاف النسب على ما مر ، وهذا يصلح مخرجا على أصله فيمن يبيع الولد ويخاف عليه الدخوة بعد ذلك فيقطع دعواه لإقراره بالنسب لغيره .

قال (وإذا كان الصبي في يد مسلم ونصراني فقال النصراني هو ابني وقال المسلم هو عيني فهو ابن النصراني وهو حر) لأن الإسلام مرجع فيستدعى تعارضا ، ولا تعارض لأن نظر الصبي في هذا أوفر لأنه ينال شرف الحرية حالا وشرف الإسلام مآلا ، إذ دلائل الوحدانية ظاهرة ، وفي عكسه الحكم بالإسلام تبعاً ، وحرمانه عن الحرية لأنه ليس في وسعه اكتسابها (ولو كانت دعوتها دعوة البتة فالمسلم أولى) ترجيحاً للإسلام وهو أوفر النظرين .

قال (وإذا ادعت امرأة صبياً أنه ابنها لم تجز دعواها حتى تشهد امرأة على الولادة) ومعنى المسئلة : أن تكون المرأة ذات زوج لأنها تدعى تحمیل النسب على الغير ، فلا تصدق إلا بحجة بخلاف الرجل لأنه يحمل نفسه النسب ، ثم شهادة القابلة كافية فيها لأن الحاجة إلى تعيين الولد .

فما النسب فيثبت بالقرائن القائمة ، وقد صح أن النبي عليه الصلاة والسلام قبل شهادة القابلة على الولادة (ولو كانت معتدة فلا بد من حجة تامة) عند أبي حنيفة رحمه الله ،

وقد مر في الطلاق وإن لم تكن منكوسة ولا معتدة قالوا يثبت النسب منها بقولها لأن فيه إلزاما على نفسها دون غيرها (وإن كان لها زوج وزعت أنه ابنها منه وصدقها الزوج فهو ابنها وإن لم تشهد امرأة) لأنه ألزم نسبة فأعنى ذلك عن الحجة (وإن كان الصبي في أيديهما ، وزعم الزوج أنه ابنه من غيرها وزعت أنه ابنها من غيره فهو ابنها) لأن الظاهر أن الولد منهما لقيام أيديهما أو لقيام القرائن بينهما ، ثم كل واحد منهما يريد إبطال حق صاحبه ، فلا يصدق عليه وهو نظير ثوب في يد رجلين يقول كل واحد منهما هو بيني وبين رجل آخر غير صاحبه يكون الثوب بينهما إلا أن هناك يدخل المقر له في نصيب المقر لأن المحل يحتمل الشراكة ، وههنا لا يدخل لأن النسب لا يحتملها .

قال (ومن اشترى جارية فولدت ولدا عنده فاستحقها رجل غرم الأب قيمة الولد يوم يخاضم) لأنه ولد المغرور . فإن المغرور من بطل امرأة معتمدا على ملك يمين أو نكاح فتلد منه ثم تستحق ، وولد المغرور حر بالقيمة بإجماع الصحابة رضي الله عنهم ، ولأن النظر من الجانبين واجب ، فيجعل الولد حر الأصل في حق أبيه رقيقا في حق مدعيه نظرا لهما ، ثم الولد حاصل في يده من غير صنعه ، فلا يضمه إلا بالمنع كما في ولد المفضومة فلهذا تعتبر قيمة الولد يوم المفضومة لأنه يوم المنع .

(ولو مات الولد لاشيء على الأب) لانعدام المنع ، وكذا لو ترك مالا لأن الإرث ليس يبدل عنه والمال لأبيه لأنه حر الأصل في حقه فيرثه (ولو قتل الأب بغرم قيمته) لوجود المنع (وكذا لو قتل غيره فأخذ دينه) لأن سلامة بدله له كسلامته ومنع بدله كمنعه فيغرم قيمته كما إذا كان حيا (ويرجع بقيمة الولد على بائنه) لأنه ضمن له سلامته كما يرجع بثمنه بخلاف العقر لأنه لزمه لاستيفاء منافعتها فلا يرجع به على البائع والله أعلم بالصواب :

كتاب الإقرار

قال (وإذا أقر الحر البالغ العاقل بحق لزمه إقراره مجهولا كان ما أقربه أو معلوما)
اعلم أن الإقرار إخبار عن ثبوت الحق وأنه ملزم لوقوعه دلالة ، ألا ترى كيف أنزم
رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم ما حزا رضى الله عنه الرجم بإقراره ، وتلك المرأة
باعتزلها وهو حجة قاصرة لقصور ولاية المقر عن غيره ، فيقتصر عليه وشرط الحرية
ليصح إقراره مطلقا فإن العبد المأذون له ، وإن كان ملحقا بالحر في حق الإقرار لكن
المجهور عليه لا يصح إقراره بالمال ويصح بالحدود والقصاص لأن إقراره عهد موجبا
لتعلق الدين برقبته وهى مال المولى فلا يصدق عليه بخلاف المأذون له لأنه مسلط عليه من
جهته وبخلاف الحد والدم لأنه مبنى على أصل الحرية في ذلك حتى لا يصح إقرار المولى
على العبد فيه ، ولا بد من البلوغ والعقل لأن إقرار الصبي والمجنون غير لازم لانعدام أهلية
الالتزام إلا إذا كان الصبي مأذونا له لأنه ملحق بالبالغ بحكم الإذن وجهالة المقر به لا تمنع
صحة الإقرار لأن الحق قد يلزمه مجهولا بأن أنلف مالا لا يدري قيمته أو يجرح جراحة
لا يعلم أرشها أو تبقى عليه باقية حساب لا يمحيط به علمه والإقرار إخبار عن ثبوت الحق ،
فيصح به بخلاف الجهالة في المقر له ، لأن المجهول لا يصلح مستحقا (ويقال له بين
المجهول) لأن التجهيل من جهته فصاركما إذا اعتق أحد عبده (فإن لم يبين أجبره القاضي
على البيان) لأنه لزمه الخروج عما لزمه بصحيح إقراره وذلك بالبيان .

قال (فإن قال لقفلان على شيء لزمه أن يبين ماله قيمة) لأنه أخبر عن الوجوب في
ذمته وما لا قيمة له لا يجب فيها فلذا بين غير ذلك بكون رجوعا ،
قال (والقول قوله مع يمينه إن ادعى المقر له أكثر من ذلك) لأنه هو المنكر فيه
(وكذا إذا قال لقفلان على حق) لما بينا ، وكذا لو قال غصبت منه شيئا ويجب أن يبين
ما هو مال يجرى فيه التمتع تعريلا على العادة (ولو قال لقفلان : على مال فالرجع إليه في
بيانه لأنه هو المجمل ويقبل قوله في القليل والكثير) لأن كل ذلك مال فإنه اسم لما يتمول
به (إلا أنه لا يصدق في أقل من درهم) لأنه لا يعد مالا عرفا (ولو قال : مال عظيم لم
يصدق في أقل من مائتي درهم) لأنه أقر بمال موصوف فلا يجوز إلغاء الوصف والنتاب
مال عظيم حتى اعتبر صاحبه غنيا به والنفى عظيم عند الناس ، وعن أبي حنيفة رحمه الله :

أنه لا يصدق في أقل من عشرة دراهم وهي نصاب السرقة لأنه عظيم حيث تقطع به اليد المحترمة ، وعنه مثل جواب الكتاب وهذا إذا قال من الدراهم .

أما إذا قال من الدنانير فالتقدير فيها بالعشرين ، وفي الإبل بخمسة وعشرين لأنه أدنى نصاب يجب فيه من جنسه وفي غير مال الزكاة بقيمة النصاب (ولو قال أموال عظام فالتقدير بثلاثة نصاب من أي فن سماه) اعتبارا لأدنى الجمع (ولو قال دراهم كثيرة لم يصدق في أقل من عشرة) وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله (وعندهما لم يصدق في أقل من مائتين) لأن صاحب النصاب مكثر حتى وجب عليه مواساة غيره ، بخلاف مادونه وله أن العشرة أقصى ما ينتهي إليه اسم الجمع يقال عشرة دراهم ثم يقال أحد عشر درهما ، فيكون هو الأكثر من حيث اللفظ فينصرف إليه (ولو قال دراهم فهي ثلاثة) لأنها أقل الجمع الصحيح (إلا أن يعين أكثر منها) لأن اللفظ يحتمله وينصرف إلى الوزن المعتاد (ولو قال : كلنا كلنا درهما لم يصدق في أقل من أحد عشر درهما) لأنه ذكر عددین مبين ليس بينهما حرف العطف وأقل ذلك من المفسر أحد عشر (ولو قال : كلنا وكلنا درهما لم يصدق في أقل من أحد وعشرين) لأنه ذكر عددین مبين بينهما حرف العطف وأقل ذلك من المفسر أحد وعشرون فيحصل كل وجه على نظيره (ولو قال : كلنا درهما فهو درهم) لأنه تفسير للمبهم (ولو قلت كلنا بغير ولو فأحد عشر) لأنه لا نظير له سواء (وإن قلت بالواو فمائة وأحد وعشرون ، وإن رجع يزداد عليها ألف) لأن ذلك نظيره . .

قال (وإن قال له على أو قبل فقد أقر بالدين) لأن على صيغة إيجاب وقبل في بنية عن الضمان على ملحق في الكفالة (ولو قال المقر هو ودية ووصل صدق) لأن اللفظ يحتمله مجازا حيث يكون المضمون عليه حفظه والمال ماله فيصدق موصولا لافصولا .

قال رضي الله تعالى عنه : وفي بعض نسخ المختصر في قوله : قبل أنه إقرار بالأمانة لأن اللفظ ينظمهما ، حتى صار قوله لاحق لي قبل فلان إقرار عن الدين والأمانة جميعا والأمانة أقلهما والأوك أصبح (ولو قال : عندي أو معي أو في بيتي أو في كيسي أو في صندوق فهو إقرار بأمانة في يده) لأن كل ذلك إقرار بكون الشيء في يده وذلك ينوع إلى مضمون وأمانة فثبت أقلهما وهو الأمانة (ولو قال له رجل : لي عليك ألف قال : أترتها أو انقضتها أو أجبني بها أو قد قضيتها فهو إقرار) لأن الماه في الأوك والثاني كناية

عن المذكور في الدعوى ، فكأنه قال اتزن الألف التي لك على حتى لو لم يذكر حرف
الكتابة لا يكون إقرارا لعدم انصرافه إلى المذكور ، والتأجيل إنما يكون في حق واجب
والهضاء ينزل الوجوب ودعوى الإبراء كالتضاء لما بينا ، وكذا دعوى الصدقة والهبة ، لأن
التعليك يقتضى سابقة الوجوب ، وكما لو قال : أحلتك بها على فلان لأنه تحويل الدين .

قال (ومن أقر بدين مؤجل فصلقه المقر له في الدين وكذبه في التأجيل لزمه الدين
حالاً) لأنه أقر على نفسه بمال وادعى حقاً لنفسه فيه فصار كما إذا أقر بعبد في يده وادعى
الاجارة بخلاف الإقرار بالdraهم السود لأنه صفة فيه ، وقد مرّت المسئلة في الكفالة .

قال (ويستحلف المقر له على الأجل) لأنه منكر حقاً عليه واليمين على المنكر (وإن
قال له : على مائة ودرهم لزمه كلها دراهم ، ولو قال : مائة وثوب لزمه ثوب واحد
والمرجع في تفسير المائة إليه) وهو القياس في الأوّل ، وبه قال الشافعي رحمه الله : لأن
المائة مبهمة والدرهم معطوف عليها بالواو المدطّقة لا تفسّر لما بقيت المائة على إيهامها كما
في الفصل الثاني .

وجه الاستحسان وهو الفرق : أنهم استعملوا تكرار الدرهم في كل عدد واكتفوا
بذكره عقيب العدين ، وهذا فيما يكثر استعماله ، وذلك عند كثرة الوجوب بكثرة أسبابه
وذلك في الدراهم والدنانير والمكيل والموزون . أما الثياب ومالا يكال ولا يوزن فلا يكثر
وجوبها تبقى على الحقيقة (وكذا إذا قال مائة وثوبان) لما بينا (بخلاف ما إذا قال مائة وثلاثة
أثواب) لأنه ذكر عددين مبهمين وأعقبها تفسيراً إذا الأثواب لم تذكر بحرف المطف ،
فانصرف إليهما لاستوائهما في الحاجة إلى التفسير فكانت كلها ثياباً .

قال (ومن أقر بتمر في قوصرة لزمه التمر والقوصرة) وفسره في الأصل بقوله غصبت
تمرا في قوصرة ، ووجهه أن القوصرة وعاء وظرف له ، وغصب الشيء وهو مظروف
لا يحقق بدون الظرف فيلزماته ، وكذا الطعام في السفينة والخطة في الجوانق ، بخلاف
ما إذا قال : غصبت تمرا من قوصرة لأن كلمة من للانزاع فيكون إقرارا بنصب
المزروع .

قال (ومن أقر بداية في اصطبل لزمه الدابة خاصة) لأن الاصطبل غير مضمون
بالنصب عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله وعلى قياس قول محمد رحمه الله يضمهما
ومثله الطعام في البيت .

قال (ومن أقرّ لغيره بخاتم لزمه الحلقة والقص) لأن اسم الخاتم يشمل الكل (ومن أقرّ له سيف فله النصل والجفن والحائل) لأن الاسم ينطوي على الكل (ومن أقرّ بحجلة غله العيدان والكسوة) لانطلاق الاسم على الكل عرفا (وإن قال غصبت ثوبا في متدليل لزمه جميعا) لأنه ظرف لأن الثوب يلف فيه (وكذا لو قال على ثوب في ثوب) لأنه ظرف بخلاف قوله درهم في درهم ، حيث يلزمه واحد لأنه ضرب لا ظرف (وإن قال ثوب في عشرة أثواب لم يلزمه إلا ثوب واحد عند أبي يوسف رحمه الله وقال محمد : لزمه أحد عشر ثوبا) لأن النفيس من الثياب قد يلف في عشرة أثواب فأمكن حمله على الظرف ولأبي يوسف أن حرف في يستعمل في البين والوسط أيضا . قال الله تعالى - فادخلني عبادى - أى بين عبادى فوق وقع الشك ، والأصل براءة الذم على أن كل ثوب موعى وليس بوعاء فتعذر حمله على الظرف فتعين الأول محملا .

(ولو قال لفلان على خمسة في خمسة يريد الضرب والحساب لزمه خمسة) لأن الضرب لا يكثر المال ، وقال الحسن رحمه الله : يلزمه خمسة وعشرون وقد ذكرناه في الطلاق (ولو قال : أردت خمسة مع خمسة لزمه عشرة) لأن اللفظ يمتلئه (ولو قال له على من درهم إلى عشرة أو قال مابين درهم إلى عشرة لزمه تسعة عند أبي حنيفة رحمه الله فيلزمه الإبتداء وما بعده وتسقط الغاية ، وقالوا : يلزمه العشرة كلها) فتدخل الغائبان ، وقال زفر رحمه الله : يلزمه ثمانية ولا تدخل الغائبان (ولو قال له : من دارى مابين هذا الحائط إلى هذا الحائط فله ما بينهما وليس له من الحائطين شيء) وقد مرت الدلائل في الطلاق .

فصل

قال (ومن قال : لحمل فلانة على ألف درهم فإن قال أوصى له فلان ، أو مات أبوه فورثه بالإقرار صحيح) لأنه أقرّ بسبب صلح لثبوت الملك له (ثم إذا جاءت به خيا في مدة يعلم أنه كان قائما وقت الإقرار لزمه وإن جاءت به ميتا فالأصل للموصى والموثر حتى يقسم بين ورثته) لأنه إقرار في الحقيقة لهما وإنما ينتقل إلى الجنين بعد الولادة ولم ينتقل (ولو جاءت بولدين حين فالأصل بينهما ولو قال المقرّ : باعنى أو أقرضنى لم يلزمه شيء) لأنه بين مستحيلا .

قال (وإن أبهم الإقرار لم يصح عند أبي يوسف رحمه الله ، وقال محمد رحمه الله يصح) لأن الإقرار من الخبيص فيجب إعماله وقد أمكن بالحمل على السبب الصالح ،

ولأن يوسف رحمه الله أن الإقرار مطلقه يصرف إلى الإقرار بسبب التجارة و لا حل
الإقرار العهد المأذون وأحد المتفاوضين عليه فيصير كما إذا صرح به .

قال (ومن أقر بحمل جارية أو حل شاة لرجل صح إقراره ولزمه) لأن له وجهها
صحيحا وهو الرخصة به من جهة غيره فحمل عليه

قال (ومن أقر بغير الخيل بطل الشرط) لأن الخيل للفسخ والاختيار لا يحمله
(ولزمه المال) لوجود الصيغة الملزمة ولم تتعلم بهذا الشرط الباطل والله أعلم .

باب الاستثناء وما في معناه

قال (ومن استثنى متصلا بإقراره صح الاستثناء ولزمه الباقي) لأن الاستثناء مع الجملة
جارية عن الباقي ولكن لابد من الاتصال (وسواء استثنى الأقل أو الأكثر ، فإن استثنى
الجنس لزمه الإقرار وبطل الاستثناء) لأنه تكلم بالحاصل بعد الثبوت ولا حاصل بعده ،
فيكون رجوعا وقد مر الوجه في الطلاق (ولو قال : له حل مائة درهم إلا دينارا أو
إلا قبضة حنطة لزمه مائة درهم إلا قيمة الدينار أو القفيز) وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف
وحكما الله (ولو قال : له حل مائة درهم إلا ثوبا لم يصح الاستثناء ، وقال محمد رحمه
الله : لا يصح فيها وقال الشافعي رحمه الله يصح فيها) لمحمد أن الاستثناء مالولاه لدخل
تحت اللفظ وهذا لا يحق في خلاف الجنس ، والشافعي رحمه الله أنها المحل جنسا من
حيث للمالية ، ولهما أن المجانسة في الأول ثابتة من حيث الثمنية ، وهذا في الدينار ظاهر
والكيل والموزون أو صافهما آثمان .

أما القوب فليس بشئ أصلا ولهذا لا يجب بمطلق عقد المعاوضة وما يكون ثمتا صلح
مقترا بالدرهم نصار بقدره مستثنى من الدرهم ، وما لا يكون ثمتا لا يصلح ، فمرا بقى
المقتضى من الدرهم مجهولا فلا يصح .

قال (ومن أقر بحق وقال إن شاء الله متصلا) بإقراره (لا يلزمه الإقرار) لأن الاستثناء
بمصلحة إما إبطال أو تعليق ، فإن كان الأول قد بطل ، وإن كان الثاني فكذلك إما
لأن الإقرار لا يحتمل التعليق بالشرط أو لأنه شرط لا يوقف عليه كما ذكرنا في الطلاق ،
بخلاف ما إذا قال فلان حل مائة درهم إذا مات أو إذا جاء رأس الشهر أو إذا أضر
الناس لأنه في معنى بيان المدة فيكون تأجيلا لا تعليقا حتى لو كذب المقر له في الأجل يكون
نقلا حلالا .

قال (ومن أقر بدار واستثنى بنهما لنفسه فلمقر له الدار والبناء) لأن البناء داخل في هذا الإقرار بمعنى لا لفظا ، والاستثناء تصرف في الملفوظ والقص في الخاتم والنخلة في البستان نظير البناء في الدار لأنه يدخل فيه تبعا لا لفظا بخلاف ما إذا قال إلا ثلثا أو إلا بيتا منها لأنه داخل فيه لفظا (ولو قال : بناء هذه الدار والعرصة لفلان فهو كما قال) لأن العرصة حيلة عن البقعة دون البناء فكانه قال يبايخ هذه الأرض دون البناء لفلان بخلاف ما إذا قال مكان العرصة أرضا حيث يكون البناء للمقر له لأن الإقرار بالأرض إقرار بالبناء كالاتفاق بالدار (ولو قال له على ألف درهم من ثمن عبد اشترته منه ، ولم أقبضه فإن ذكر عبدا بعينه قبيل للمقر له إن شئت فسلم العبد وخذ الألف وإلا فلا شيء لك) قال : وهذا على وجه :

أحدهما : هذا وهو أن يصدقه وسلم العبد وجوابه ما ذكر لأن الثابت بصادقهما كالتأثير معاينة :

والثاني : أن يقول المقر له العبد عبدك ما بعته وإنما بعته عبدا فيه هذا وفيه المال لازم على المقر لإقراره به عند سلامة العبد له وقد سلم فلا يبالى باختلاف السبب بعد حصول المقصود .

والثالث : أن يقول العبد عبدي ما بعته وحكمه أن لا يلزم المقر شيء ، لأنه ما أقر بالمال إلا حرضا عن العبد ، فلا يلزمه دونه ولو قال مع ذلك إنما بعته غيره يتحالفان لأن المقر يدعى تسليم من عبته والآخر ينكر ، والمقر له يدعى عليه الألف ببيع غيره والآخر ينكر فإذا تعالفا بطل المال هذا إذا ذكر عبدا بعينه (وإن قال من ثمن عبد اشترته ولم بعته لزمه الألف ولا يصدق في قوله ما قبضت عند أبي حنيفة وصل أم فصل) لأنه رجوع . فإنه أقر بوجوب المال رجوعا إلى كلمة على وإنكاره القبض في غير المعين بنافي الوجوب أصلا لأن الجهالة مقارنة كانت أو طارئة بأن اشترى عبدا ثم نسيه عند الاختلاط بألفه فوجب هلاك المبيع ، فيحتج وجوب نقد الثمن ، وإذا كان كذلك كان رجوعا فلا يصح وإن كان موصولا وقال أبو يوسف وعبد ربهما الله : إن وصل صدقي ولم يلزمه شيء . وإن فصل لم يصدق إذا أنكر المقر له أن يكون ذلك ثمن عبد ، وإن أقر أنه باعه متاعا فالقول قول المقر ووجه ذلك أنه أقر بوجوب المال عليه وبين سببا وهو البيع فإن والله فطالب في السبب وبه لا يكاد الوجوب إلا بالقبض والمقر ينكره فيكون القول قوله وإن

كلبه في السبب كان هذا من المقرر بيانا مغيرا لأن صدر كلامه للوجوب مطلقا وآخره يحصل انتظامه على اعتبار عدم القبض والمغير يصح موصولا لامفصولا (ولو قال : ابتعت منه عينا إلا أني لم أقبضه فالقول قوله) بالإجماع لأنه ليس من ضرورة البيع القبض بخلاف الأقرار بوجوب الثمن .

قال (وكذا لو قال من ثمن خر أو خنزير) ومعنى المسئلة : إذا قال لفلان على ألف درهم من ثمن خر أو خنزير (لزمه الألف ولم يقبل تفسيره عند أبي حنيفة رحمه الله وصل أم فصل) لأنه رجوع لأن ثمن الخمر والخنزير لا يكون واجبا وأول كلامه للوجوب (وقالوا : إذا وصل لا يلزمه شيء) لأنه بين بآخرك كلامه أنه ما أراد به الإيجاب وصار كما إذا قال في آخره إن شاء الله . قلنا : ذاك تطبيق وهذا إسقاط .

(ولو قال له على ألف درهم من ثمن متاع أو قال أقرضني ألف درهم ثم قال هي زيوف أو نهرجة وقال المقرر له جواد لزمه الجواد في قول أبي حنيفة رحمه الله ، وقالوا إن قال موصولا يصدق وإن قال مفعولا لا يصدق) وعلى هذا الخلاف إذا قال هي ستوفة أو رصاص وعلى هذا إذا قال ، إلا أنها زيوف وعلى هذا إذا قال لفلان على ألف درهم زيوف من ثمن متاع ، لما أنه بيان مغير فيصح بشرط الوصل كالشرط والاستثناء ، وهذا لأن اسم الدرهم يحتمل الزيوف بحقيقته والستوفة بمجازة إلا أن مطلقه ينصرف إلى الجواد فكان بيانا مغيرا من هذا الوجه وصار كما إذا قال إلا أنها وزن خمسة ولأبي حنيفة رحمه الله أن هذا رجوع ، لأن مطلق العقد يقتضي وصف السلامة عن العيب والزينة عيب ، ودعوى العيب رجوع عن بعض موجه وصار كما إذا قال بعتك معينا وقال المشتري : بعته سليبا فالقول للمشتري لما بينا والستوفة ليست من الأثمان . والبيع يرد على الثمن فكان رجوعا وقوله إلا أنها وزن خمسة يصح استثناء ، لأنه مقدار بخلاف الجودة لأن استثناء الوصف لا يجوز كاستثناء البناء في الدار بخلاف ما إذا قال على كرت حطعة من ثمن عبد إلا أنها رديئة لأن الرذالة نوع لا عيب ، فطلق العقد لا يقتضي السلامة عنها ، وعن أبي حنيفة في غير رواية الأصول في القرض أنه يصدق في الزيوف إذا وصل لأن القرض يوجب رد مثل المقبوض وقد يكون زيفا كافى النصب ، ووجه الظاهر أن التعامل بالجواد فانصرف مطلقه إليها (ولو قال لفلان : على ألف درهم زيوف ، ولم يذكر البيع والقرض قيل يصدق) بالإجماع لأن اسم الدرهم يتناولها (وقيل لا يصدق) لأن مطلق الإقرار ينصرف

إلى المقود لتعنيها مشروعة لا إلى الاستهلاك المحرم (ولو قال اغتصبته منه ألفا أو قال أودعني ثم قال هي زيوف أو نهرجة صدق وصل أم فصل) لأن الإنسان ينصب ما يجد ويودع ما يملك فلا مقتضى له في الجباد ولا تعامل، فيكون بيان النوع فيصح وإن فصل ولهذا لو جاء زاد المفصوب، والوديعة بالمعيب كان القول قوله، وعن أبي يوسف رحمه الله: أنه لا يصدق فيه مفصولا اعتبارا بالقرض إذ التقيض فيهما هو الموجب للضمان ولو قال: هي ستوفة أو رصاص بعد ما أقر بالنصب والوديعة ووصل صدق وإن فصل لم يصدق لأن الستوفة ليست من جنس الدراهم لكن الاسم يتناولها مجازا فكان بيانها مغيرا فلا بد من الوصل.

(وإن قال في هذا كله ألفا ثم قال إلا أنه ينقص كذا لم يصدق وإن وصل صدق) لأن هذا استثناء المقدار والاستثناء يصح موصولا بخلاف الزيادة لأنها وصف واستثناء الأوصاف لا يصح واللفظ يتناول المقدار دون الوصف، وهو تصرف لفظي كما بينا ولو كان الفصل ضرورة انقطاع الكلام بانقطاع نفسه فهو واصل لعدم إمكان الاحتراز عنه (ومن أقر بغصب ثوب ثم جاء بثوب معيب فالقول قوله) لأن الغصب لا يختص بالسليم (ومن قال لآخر: أخذت منك ألف درهم وديعة فهلكت فقال: لا بل أخذتها غصبا فهو ضامن وإن قال أعطيتها وديعة فقال لا بل غصبتها لم يضمن) والفرق أن في الفصل الأول أقر بسبب الضمان، وهو الأخذ ثم ادعى ما يبرئه وهو الإذن والآخر ينكره، فيكون القول له مع التبعين وفي الثاني أضاف الفعل إلى غيره وذلك بدعى عليه سبب الضمان، وهو الغصب فكان القول لمنكره مع التبعين والتقيض في هذا كالأخذ والدفع كالإعطاء.

فإن قال قائل: الإعطاء والدفع إليه لا يكون إلا بقبضه.

فنقول: قد يكون بالتخلية والوضع بين يديه ولو اقتضى ذلك، فالمقتضى ثابت ضرورة، فلا يظهر في انعقاده سبب الضمان وهذا بخلاف ما إذا قال أخذتها منك وديعة وقال لآخر: لا بل قرضا حيث يكون القول للمقر؛ وإن أقر بالأخذ لأمرهما توافقا هناك على أن الأخذ كان بالإذن إلا أن المقر له يدعى سبب الضمان وهو القرض والآخر ينكره فافترقا (فإن قال هذه الألف كانت وديعة لي عند فلان فأخذتها منه فقال فلان هي لي فانه يأخذها) لأنه أقر بإعده له وادعى استحقاتها عليه وهو ينكر والقول للمنكر (ولو قال

كجرت داني هذه فلانا فركبها وردعا أو قال : أجرت ثوبى هذا فلانا فلسه وردده وقال فلان كذبت وهما لى فاقول قوله (وهذا عند أبى حنيفة رحمه الله) وقال أبو يوسف ومحمد ورحمهما الله : القول قول الذى أخذته الدابة والثوب (وهو القياس ، وعلى هذا الخلاف فى الإجارة والإسكان) ولو قال : خاط فلان ثوبى هذا بنصف درهم ثم قبضته وقال فلان : الثوب ثوبى فهو على هذا الخلاف فى الصحيح (وجه القياس ما بيناه فى الوديعة . وجه الاستحسان وهو الفرق : أن اليد فى الإجارة والإجارة ضرورية تثبت ضرورة استيفاء العقود عليه ، وهو المتأخف فيكون عدما لها وراء الضرورة ، فلا يكون إقرارا له باليد مطلقا بخلاف الوديعة لأن اليد فيها مقصودة والإيداع إثبات اليد قصدا فيكون الإقرار به اعترافا باليد للمودع .

ووجه آخر : أن فى الإجارة والإجارة والإسكان أقر بيد ثابتة من جهة فيكون القول قوله فى كينيته ، ولا كذلك فى مسألة الوديعة لأنه قال فيها كانت وديعة وقد تكون من غير صتمه حتى لو قال أودعتها كان على هذا الخلاف ، وليس مدار الفرق على ذكر الأخذ فى طرف الوديعة وطعمه فى الطرف الآخر وهو الإجارة واعتدائها لأنه ذكر الأخذ فى وضع الطرف الآخر وهو الإجارة فى كتاب الإقرار أيهما ، وهذا بخلاف ما إذا قال : اقتضيت من فلان ألف درهم كانت لى عليه ، أو أقرضته ألفا ثم أخذتها منه ، وأنكر المقر له حيث يكون القول قوله لأن الدينون تقضى بأمثالها ، وفلك إنما يكون بشخص مضمون ، فإذا أقر بالانتضاء فقد أقر بسبب الضمان ، ثم ادعى تملكه عليه بما يدمعه عليه من الدين مقاصة والآخر ينكره .

أما ههنا المتبوض حين ما ادعى فيه الإجارة وما أشبهها فافترقا ، ولو أقر أن فلانا زرع هذه الأرض أو بنى هذه الدار أو غرس هذا الكرم وذلك كله فى يد المقر فادعاهما فلان وقال المقر : لا بلى ذلك كله لى استنت بك ففعلت أو فعلته بأجر ، فاقول للمقر لأنه ما أقر له باليد وإنما أقر بمجرد فعل منه ، وقد يكون ذلك فى ملك فى يد المقر ، وصار كما إذا قال خاط لى الخياط قبضى هذا بنصف درهم ، ولم يقل قبضته منه لم يكن إقرارا باليد ويكون القول المقر لأنه أقر بفعل منه وقد يجنب ثوبا فى يد المقر كذا هذا

باب إقرار المريض

قال (وإذا أقر الرجل في مرض موته بدين وعليه دين في صحة وديون لزمه في مرضه بأسباب معلومة فدين الصحة والدين المعروف للأسباب مقدم) وقال الشافعي رحمه الله : دين المرض ودين الصحة يستويان لاستواء صبيهما ، وهو الإقرار الصادر عن عقل ودين ، وعمل الوجوب للذمة القابلة للحقوق فصار كأنشاء التصرف مباينة ومتكحة ولأن الإقرار لا يعتبر دليلا إذا كان فيه إبطال حق الغير ، وفي إقرار المريض ذلك ، لأن حق غرماء الصحة تعلق بهذا المال استيفاء ولهذا منع من التبوع والمحاباة إلا بقدر الثلث ، بخلاف النكاح لأنه من الحوائج الأصلية ، وهو بمهر المثل ، وبخلاف المباينة يمثل القيمة لأن حق الغرماء تعلق بالمالية لا بالصورة ، وفي حال الصحة لم يتعلق حقهم بالمال لقلوته على الاكتساب فيتحقق التثمين وهذه حالة العجز ، وحالتنا المريض حالة واحدة ، لأنه حالة العجز بخلاف حالتي الصحة والمرض ، لأن الأولى حالة إطلاق وهذه حالة عجز فافترقا وإنما تقدم الديون المعروفة للأسباب ، لأنه لأهمية في ثبوتها إذ المعائن لا مرد له وذلك مثل بدل مال ملكه أو استهلكه وعلم وجوبه بغير إقراره أو تزوج امرأة بمهر مثلها ، وهذا الدين مثل دين الصحة لا يقدم أحدهما على الآخر لما بينا ، ولو أقر بعين في يده لآخر لم يصح في حق غرماء الصحة لتعلق حقهم به ، ولا يجوز للمريض أن يقضى دين بعض الغرماء دون البعض لأن في إثبات البعض إبطال حق الباقي ، وغرماء الصحة والمرض في ذلك سواء إلا إذا قضى ما استقرض في مرضه أو نقد ثمن ما اشترى في مرضه وقد علم بالينة .

قال (فإذا قضيت) يعني الديون المقدمة (وفضل شيء يصرف إلى ما أقر به في حالة المرض) لأن الإقرار في ذاته صحيح ، وإنما رد في حق غرماء الصحة فإذا لم يبين حقهم ظهرت صحة .

قال (فإذا لم يكن عليه دين في صحة جاز إقراره) لأنه لم يتضمن إبطال حق الغير (وكان المقرر له أولى من الورثة) فقول عمر رضي الله عنه : إذا أقر المريض بدين جاز ذلك حايه في جميع تركته ولأن قضاء الدين من الحوائج الأصلية ، وحق الورثة يتعلق بالتركة بشرط الفراغ ولهذا تقدم حاجته في التكفين .

قال (ولو أقر المريض لوارثه لا يصح إلا أن يصدق فيه بقية الورثة) وقال الشافعي رحمه الله في أحد أقواله : يصح لأنه إظهار حق ثابت لترجع جانب الصدق فيه ، وصار كالإقرار لأجنبي وبوارث آخر وبوديعة مستهلكة للوارث. ولنا قوله عليه الصلاة والسلام « لا وصية لوارث ولا إقرار له بالدين » ولأنه تعلق حق الورثة بماله في مرضه ولهذا يمنع من التصرع على الوارث أصلا ، ففي تخصيصه البعض به إبطال حق الباقيين ، ولأن حالة الموضع حالة الاستثناء والقراءة سبب التعلق إلا أن هذا التعلق لم يظهر في حق الأجنبي لحاجته إلى المعاملة في الصحة لأنه لو انعجز عن الإقرار بالمرض يمتنع الناس عن المعاملة معه وقلما تقع المعاملة مع الوارث ولم يظهر في حق الإقرار بوارث آخر لحاجته أيضا ، ثم هذا التعلق حق بقية الورثة فإذا صدقوه فقد أبطلوه فيصح إقراره .

قال (فإن أقر لأجنبي جاز وإن أحاط بماله) لما بينا ، والقياس أن لا يجوز إلا في الثلث لأن الشرع قصر تصرفه عليه إلا أما نقول لما صح إقراره في الثلث كان له التصرف في ثلث الباقي لأنه الثلث بعد الدين ثم وثم حتى يأتي على الكل .

قال (ومن أقر لأجنبي ثم قال هو ابني ثبت نسبه منه وبطل إقراره له فإن أقر لأجنبية ثم تزوجها لم يبطل إقراره لها) ووجه الفرق أن دعوة النسب تستند إلى وقت العلوق فبين أنه أقر لابنه فلا يصح ، ولا كذلك الزوجية لأنها تقتصر على زمان الزوج فبني إقراره لأجنبية .

قال (ومن طلق زوجته في مرضه ثلاثا ثم أقر لها بدين ومات فلها الأقل من الدين ومن ميراثها منه) لأنهما متهمان فيه لقيام العدة وباب الإقرار مسدود للوارث فعلمه أقدم على هذا الطلاق ليصح إقراره لها بزيادة على ميراثها ، ولاتهمة في أقل الأمرين فيثبت ، والله أعلم بالصواب .

فصل

قال (ومن أقر بغلام يولد مثله لمثله وليس له نسب معروف أنه ابنه وصدقه الغلام ثبت نسبه منه وإن كان مريضا) لأن النسب مما يلزمه خاصة فيصح إقراره به ، وشرط أن يولد مثله لمثله كيلا يكون مكذبا في الظاهر ، وشرط أن لا يكون له نسب معروف ، لأنه يمنع ثبوته من غيره وإنما شرط تصديقه لأنه في يد نفسه ، إذ المسئلة في غلام يعبر

من نفسه بخلاف الصغير على ماهر من قبل ولا يمنع بالمرض لأن النسب من الموانع الأصلية (ويشارك الورثة في الميراث) لأنه لما ثبت نسبه منه صار كالوارث المعروف فيشارك ورثته .

قال (ويموز إقرار الرجل بالوالدين والولد والزوجة والمولى) لأنه أقر بما يلزمه وليس فيه تحميل النسب على الغير (ويقبل إقرار المرأة بالوالدين والزوج والمولى) لما بينا (ولا يقبل بالولد) لأن فيه تحميل النسب على الغير ، وهو الزوج لأن النسب منه (إلا أن يصدقها الزوج) لأن الحق له (أو تشهد بولادته قابلة) لأن قول القابلة في هذا مقبول ، وقد مر في الطلاق ، وقد ذكرنا في إقرار المرأة تفصيلاً في كتاب الدعوى ، ولا بد من تصديق هؤلاء ، ويصح التصديق في النسب بعد موت المقر لأن النسب يبنى بعد الموت ، وكذا يصح تصديق الزوجة ، لأن حكم النكاح باق ، وكذا يصح تصديق الزوج بعد موتها لأن الإرث من أحكامه ، وعند أبي حنيفة رحمه الله لا يصح لأن النكاح انقطع بالموت ، ولهذا لا يحل له غسلها عندنا ، ولا يصح التصديق على اعتبار الإرث لأنه معدوم حالة الإقرار وإنما ثبت بعد الموت والتصديق يستند إلى أول الإقرار .

قال (ومن أقر بنسب من غير الوالدين والولد نحو الأخ والعلم لا يميل إقراره في النسب) لأن فيه حمل النسب على الغير (فإن كان له وارث معروف قريب أو بعيد فهو أولى بالميراث من المقر له) لأنه لما لم يثبت نسبه منه لا يزاحم الوارث المعروف (وإن لم يكن له وارث استحق المقر له ميراثه) لأن له ولاية التصرف في مال نفسه عند عدم الوارث ، ألا ترى أن له أن يوصى بجميعه عند عدم الوارث فيستحق جميع المال وإن لم يثبت نسبه منه لما فيه من حمل النسب على الغير ، وليست هذه وصية حقيقية حتى أن من أقر بأخ ثم أوصى لآخر بجميع ماله كان للموصى له ثلث جميع المال خاصة ، ولو كان الأول وصية لاشتركا نصفين لكنه بمنزلة حتى لو أقر في مرضه بأخ وصدقه المقر له ثم أنكر المقر وراثته ثم أوصى بماله كله لإنسان كان المال للموصى له ، ولو لم يوص لأحد كان لبيت المال لأن رجوعه صحيح لأن النسب لم يثبت فبطل إقراره .

قال (ومن مات أبوه فأقر بأخ لم يثبت نسب أخيه) لما بينا (ويشاركه في الميراث) لأن إقراره تضمن شيئين حمل النسب على الغير ولا ولاية له عليه والإشراك في المال وله فيه ولاية فثبت كالمتبرع إذا أقر على البائع بالعتق لم يقبل إقراره عليه حتى لا يرجع عليه بالعتق ولكنه يقبل في حق العتق .

قال (ومن مات وترك ابنين وله على آخر مائة درهم فأقر أحدهما أن أباه قبض منها خمسين لاشيء للمقر وللآخر خمسون) لأن هذا إقرار بالدين على الميت لأن الإمتياز إنما يكون بقبض مضمون فإذا كذبه أخوه استغرق الدين نصيبه كما هو المذهب عندنا غاية الأمر أنهما تصادق على كون المقبوض مشتركا بينهما لكن المقر لو رجع على القابض بشيء أرجع القابض على الغريم ورجع الغريم على المقر فيؤدى إلى الدور ، والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب .

كتاب الصلح

قال (الصلح على ثلاثة أضرب : صلح مع إقرار ، و صلح مع سكوت ، وهو أن لا يقر المدعى عليه ولا ينكر ، و صلح مع إنكار ، وكل ذلك جائز) لاطلاق قوله تعالى -والصلح خير- . ولقوله عليه الصلاة والسلام « كل صلح جائز فيما بين المسلمين إلا صلحا أحل حراما أو حرم حلالا » . وقال الشافعي رحمه الله : لا يجوز مع إنكار أو سكوت لما روينا وهذا بهلته الصفة لأن البذل كان حلالا على الدافع حراما على الآخذ فيقلب الأمر ولأن المدعى عليه يدفع المال لقطع الخصومة عن نفسه وهذا رشوة . ولنا ما تلونا وأول ما روينا ، وتأويل آخره أحل حراما لعبه كالتغمر أو حرم حلالا لعبه كالصلح على أن لا يبطأ الضرة ولأن هذا صلح بعد دعوى صحيحة فيقضى بجوازه لأن المدعى يأخذه عوضا عن حقه فيزعمه وهذا مشروع والمدعى عليه يدفعه لدفع الخصومة عن نفسه وهذا مشروع أيضا ، إذ المال وقاية الأنفس ودفع الرشوة لدفع الظلم أمر جائز .

قال (فإن وقع الصلح عن إقرار اعتبر فيه ما يعتبر في البياعات إن وقع عن مال بمال) لوجود معنى البيع وهو مبادلة المال بالمال في حق المتعاقدين بتراضيهما (فتجوز فيه الشفعة إذا كان عقارا ويرد بالعيب ويثبت فيه خيار الشرط والرؤية ويفسد جهالة البذل) لأنها هي المنقضية إلى المنازعة دون جهالة المصالح عنه لأنه يسقط ، ويشترط القدرة على تسليم البذل (وإن وقع عن مال بمنافع يعتبر بالإجازات) لوجود معنى الإجارة ، وهو تملك المنافع بمال والاعتبار في العقود لمعانها فيشترط التوقيت فيها ويبطل الصلح بموت أحدهما في المدة لأنه إجارة .

قال (والصلح عن السكوت والإنكار في حق المدعى عليه لاقتداء البيهقي وقطع
الخصومة وفي حق المدعى لغرض المعاوضة) لا يبيّن .

(ويجوز أن يختلف حكم العقد في حقهما كما يختلف حكم الإقالة في حق المتعاقدين
وهيهما) وهذا في الإنكار ظاهر وكذا في السكوت لأنه يحتمل الإقرار والوجود فلا
يثبت كونه عوضا في حقه بالشك .

قال (وإذا صالح عن دار لم يجب فيها الشفعة) معناه إذا كان من إنكار أو سكوت
لأنه يأخذها على أصل حقه ويدفع المال دفعا لخصومة المدعى وزعم المدعى لا يلزمه ، بخلاف
ما إذا صالح على دار حيث يجب فيها الشفعة لأن المدعى يأخذها عوضا عن المال فكان
معاوضة في حقه فتلزمه الشفعة بإقراره وإن كان المدعى عليه يكذبه .

قال (وإذا كان الصلح عن إقرار واستحق بعض المصالح عت رجوع المدعى عليه بمصة
ذلك من العوض) لأنه معاوضة مطلقة كالبيع وحكم الاستحقاق في البيع ، هذا (وإن وقع
الصلح عن سكوت أو إنكار فاستحق المتنازع فيه رجوع المدعى بالخصومة ورد العوض)
لأن المدعى عليه - أبذل العوض إلا يدفع لخصومة عن نفسه ، فإذا ظهر الاستحقاق تبين
أن لاختصومة له فيبقى العوض في يده غير مشتمل على غرضه فيسترده ، وإن استحق بعض
ذلك رد حصته ورجع بالخصومة فيه لأنه خلا العوض في هذا القدر عن الغرض ،
ولو استحق المصالح عليه عن إقرار رجوع بكل المصالح عنه لأنه مبادلة ، وإن استحق بعضه
رجع بمصته ، وإن كان الصلح عن إنكار أو سكوت رجع إلى الدعوى في كله ، أو بقدر
المستحق إذا استحق بعضه لأن المبدل فيه هو الدعوى ، وهذا بخلاف ما إذا باع منه على
الإنكار شيئا حيث يرجع بالمدعى لأن الإقدام على البيع إقرار منه بالحق له ولا كذلك الصلح
لأنه قد يقع لدفع لخصومة ، ولو هلك بدل الصلح قبل التسليم فالجواب فيه كالجواب
في الاستحقاق في الفصلين .

قال (وإن ادعى حقا في دار ولم يبيته فصالح من ذلك ثم استحق بعض الدار لم يرد
شيئا من العوض لأن دعواه يجوز أن يكون فيما بقي) بخلاف ما إذا استحق كله لأنه يرد
العوض عند ذلك عن شيء يقابله فيرجع بكليه على ما قدمناه في البيوع ، ولو ادعى حقا
فصالحه على قطعة منها لم يصح الصلح لأن ما قبضه من عين حقه وهو على دعواه في الباقي ،

والمرجه فيه أحد أمرين : إما أن يزيد درهما في بدل الصلح فيصير ذلك عوضا من حقه لها بقى أو يلحق به ذكر البراءة عن دعوى الباقي .

فصل

زوال الصلح جائز عن دهرى الأموال) لأنه في معنى البيع على ما مر .
قال (والمنافع) لأنها تملك بعقد الإجارة فكذا بالصلح ، والأصل فيه أن الصلح يجب حله على أقرب العقود إليه وأشبهها به احتيالا لتصحيح تصرف العاقد ما أمكن .
قال (ويصح من جناية الصد والخطأ) أما الأول فنقولہ تعالى - فن عني له من أخيه فيء فاتباع - الآية قال ابن عباس رضى الله عنهما : إنها زلت في الصلح عن دم الممد وهو بمنزلة النكاح حتى إن ماصلح سعى فيه صلح بدلا ههنا إذ كل واحد منهما مبادلة المال بغير المال إلا أن عند فساد التسمية ههنا يصار إلى الدية لأنها موجب الدم ، ولو صالح على نحو لا يجب شيء لأنه لا يجب بمطابق العفو وفي النكاح يجب مهر المثل في الفصلين ، لأنه الموجب الأصل ويجب مع السكوت عنه حكما ، ويدخل في إطلاق جواب الكتاب الجناية في النفس ومادونها ، وهذا بخلاف الصلح عن حق الشفعة على مال حيث لا يصح لأنه حق تملك ولا حق في المحل قبل التملك ، أما القصاص فلك المحل في حق الفعل فيصنع الاعتياض عنه ، وإذا لم يصح الصلح تبطل الشفعة ، لأنها تبطل بالإعراض والسكوت والكفالة بالنفس بمنزلة حق الشفعة حتى لا يجب المال بالصانع عنه غير أن في بطلان الكفالة روايتين على ما عرف في موضعه ، وأما الثاني وهو جناية الخطأ فلأن موجبها المال فيصير بمنزلة البيع إلا أنه لا تصح الزيادة على قدر الدية ، لأنه مقدر شرعا فلا يجوز لإبطاله فترد الزيادة ، بخلاف الصلح عن القصاص حيث يجوز الزيادة على قدر الدية ، لأن القصاص ليس بمال وإنما يتقوم بالعقد ، وهذا إذا صالح على أحد مقادير الدية ، أما إذا صالح على غير ذلك جاز لأنه مبادلة بها إلا أنه يشترط القبض في المجلس كيلا يكون افتراقا عن دين بدين ، ولو قضى القاضى بأحد مقاديرها فصالح على جنس آخر متبنا بالزيادة جاز لأنه تعين الحق بالقضاء فكان مبادلة ، بخلاف الصلح ابتداء لأن تراضيهما على بعض المقادير بمنزلة القضاء في حق التعيين فلا يجوز الزيادة على ما تدين .

قال (ولا يجوز الصلح عن دعوى حد) لأنه حق الله تعالى لاحقه ، ولا يجوز الاعتياض عن حق غيره ، ولهذا لا يجوز الاعتياض إذا ادعت المرأة نسب ولدها لأنه حق الولد .

لاحقها (وكذا لا يجوز الصلح عما أشرعه إلى طريق العامة) لأنه حق العامة فلا يجوز أن يصلح واحد على الانفراد عنه ، ويدخل في إطلاق الجواب حد القذف لأن المذهب فيه حق الشرع .

قال (وإذا ادعى رجل على امرأة نكاحا وهي تجحد فصالحته على مال بذله حتى يترك الدعوى جاز وكان في معنى الخلع) لأنه أمكن تصحيحه خلعا في جانب بناء على زعمه وفي جانبها بذلا للمال لدفع الخصومة ، قالوا ولا يحل له أن يأخذ فيما بينه وبين الله تعالى إذا كان مبطلا في دعواه .

قال (وإن ادعت امرأة نكاحا على رجل فصالحها على مال بذله لها جاز) قال رضي الله عنه : هكذا ذكره في بعض نسخ المختصر ، وفي بعضها قال : لم يجوز . وجه الأول أن يجعل زيادة في مهرها . وجه الثاني أنه بذل لها المال لترك الدعوى فإن جعل ترك الدعوى منها فرقة فالزوج لا يعطى العوض في الفرقة وإن لم يجعل فالخلع على ما كان عليه قبل الدعوى فلا شيء يقابله العوض فلم يصح . قال (وإن ادعى على رجل أنه عبده فصالحه على مال أعطاه جاز وكان في حق المدعى بمنزلة الإعتاق على مال) لأنه أمكن تصحيحه على هذا الوجه في حقه لزعمه ، ولهذا يصح على حيوان في الذمة إلى أجل ، وفي حق المدعى عليه يكون لدفع الخصومة ، لأنه يزعم أن حر الأصل فجاز إلا أنه لا ولاء له لإنكار العبد إلا أن يقيم البينة فتقبل ويثبت الولاء .

قال (وإذا قتل العبد المأذون له رجلا عمدا لم يجوز له أن يصلح عن نفسه وإن قتل عبدا له رجلا عمدا فصالح عنه جاز) ووجه الفرق أن رقبته ليست من تجارته ، ولهذا لا يملك التصرف فيه يبيعا فكذا استخلاصا بمال المولى وصار كالأجنبي ، أما عبده فمن تجارته وتصرفه فيه نافذ فيه بيما مكنا استخلاصا ، وهذا لأن المستحق كالتراثل عن ملكه وهذا شراؤه فيملكه .

قال (ومن غصب ثوبا يهوديا قيمته دون المائة فاستهلكه فصالحه منها على مائة درهم جاز عند أبي حنيفة رحمه الله . وقالوا : يبطل الفضل على قيمته بما لا يتغابن الناس فيه) لأن الواجب هي القيمة وهي مقدرة فالزيادة عليها تكون ربا . بخلاف ما إذا صلح على عرض لأن الزيادة لا تظهر عند اختلاف الجنس ، وبخلاف ما يتغابن الناس فيه لأنه يدخل تحت تقويم المتومين فلا تظهر الزيادة . ولأبي حنيفة رحمه الله أن حقه في المالك يبقى حتى

لو كان عبداً وترك المولى أخذ القيمة يكون الكف عن عبده أو حقه في مثله صورة ومعنى لأن ضمان العدوان بالمثل ، وإنما ينقل إلى القيمة بالقضاء قبله إذا تراضيا على الأكثر كان احتياضاً فلا يكون ربا ، بخلاف الصلح بعد القضاء لأن الحق قد انتقل إلى القيمة .

قال (وإذا كان العبد بين رجلين أحقهما وهو موصى فصالحه الآخر على أكثر من نصف قيمته فالفضل باطل) وهذا بالاتفاق أما عندهما فلما بينا والفرق . لأبي حنيفة رحمه الله أن القيمة في العتق منصوص عليها وتقدير الشرع لا يكون دون تقدير القاضي ، فلا يجوز الزيادة عليه بخلاف ما تقدم لأنها غير منصوص عليها (وإن صالحه على مروض جاز) لما بينا أنه لا يظهر التفضل ، والله أعلم بالصواب .

باب التبرع بالصلح والتوكيل به

قال (ومن وكل رجلا بالصلح عنه فصالح لم يلزم الوكيل ما صالح عنه إلا أن يضمته والمال لازم للموكل) وتأويل هذه المسئلة إذا كان الصلح عن دم العمد أو كان الصلح على بعض ما يلحقه من الدين لأنه إسقاط محض فكان الوكيل فيه سفيرا ومعبرا فلا ضمان عليه كالوكيل بالنكاح إلا أن يضمته ، لأنه حينئذ هو مؤاخذ بعقد الضمان لا بعقد الصلح ، أما إذا كان الصلح عن مال بطل فهو بمنزلة البيع فترجع الحقوق إلى الوكيل فيكون المطالب بالمال هو الوكيل دون الموكل .

قال (وإن صالح عنه رجل بغير أمره فهو على أربعة أوجه إن صالح بمال وضمنه تم الصلح) لأن الحاصل للمدعي عليه ليس إلا البراءة وفي حقها الأجنبي والمدعى عليه سواء فصلح أصيلا فيه إذا ضمته كالضولي بالخلع إذا ضمن البذل ويكون متروحا على المدعي عليه كالتبرع بقضله الدين ، بخلاف ما إذا كان بأمره ولا يكون لهذا المصالح شيء من المدعى وإنما ذلك للذي في يده لأن تصحيحه بطريق الإسقاط ولا فرق في هذا بين ما إذا كان مقرا أو منكرا (وكذلك إذا قال صالحتك على أئني هذه أو على عبدي هذا صح الصلح ولزمه تسليمه) لأنه لما أضافه إلى مال نفسه فقد التزم تسليمه فصح الصلح (وكذلك لو قال على ألف وبسلمها) لأن التسليم إليه يوجب سلامة العرض له فيتم العقد لحصول مقصوده (ولو قال : صالحتك على ألف فالتقدم موقوف ، فإن أجازاه المدعي عليه جاز ولزمه الألف ، وإن لم يجزه بطل) لأن الأصل في العقد إنما هو المباحي عليه لأن دفع

الخصومة حاصل له إلا أن القسوى يصير أصيلاً بواسطة إضافة الضمان إلى نفسه ، فإذا لم يضمنه بنى عقداً من جهة المطلوب فيتوقف على إجازته .

قال رضى الله عنه : وجه آخر ، وهو أن يقول صاحبه على هذه الألف أو على هذا العبد ولم ينسبه إلى نفسه لأنه لما عينه للتسليم صار شرطاً سلامته له فيتم بقوله ؛ ولو استحق العبد أو وجد به حياً فردّه فلا سبيل له على المصالح ، لأنه التزم الإيفاء من محل بيعه ولم يلتزم شيئاً سواه ، فإن سلم المثل له تم الصلح ، وإن لم يسلم له لم يرجع عليه بشيء ، بخلاف ما إذا صالح على دراهم مائة وضمنها ودفعها ثم استحققت أو وجدها زيواً حيث يرجع عليه ، لأنه جعل نفسه أصيلاً في حق الضمان ولهذا يجبر على التسليم ، فإذا لم يسلم له ما سلمه يرجع عليه ببدله ، والله أعلم بالصواب .

باب الصلح في الدين

قال (وكل شيء وقع عليه الصلح وهو مستحق بمقد المفاضة لم يحصل على المعاوضة ، وإنما يجمل على أنه استوفى بعض حقه وأسقط باقيه كمن له على آخر ألف درهم فصالحه على خمسمائة وكمن له على آخر ألف جيات فصالحه على خمسمائة زيوف جاز وكأنه أبرأه من بعض حقه) وهذا لأن تصرف الماقل يتحرى تصحيحه ما أمكن ولا وجه لتصحيحه معاوضة لإفضائه إلى الربا فجعل إسقاطاً للبعض في المسئلة الأولى واللبعض والصفة في الثانية (ولو صالح عن ألف مؤجلة جاز وكأنه أجل نفس الحق) لأنه لا يمكن جعله معاوضة ، لأن بيع الدراهم بمثلها نسبة لا يجوز فحملناه على التأخير (ولو صالحه على دنائير إلى شهر لم يجز) لأن الدناير غير مستحقة بمقد المداينة فلا يمكن حله على التأخير ولا وجه له سوى المعاوضة وبيع الدراهم بالدناير نسبة لا يجوز فلم يصح الصلح .

قال (ولو كانت له ألف مؤجلة فصالحه على خمسمائة حالة لم يجز) لأن المعجل غير من المؤجل وهو غير مستحق بالمقد فيكون بازاء ما حله عنه وذلك احتياض عن الأجل وهو حرام (وإن كان له ألف سود فصالحه على خمسمائة يرض لم يجز) لأن البيض غير مستحقة بمقد المداينة وهي زائدة وصفا فيكون معاوضة الألف بخمسمائة وزيادة وصفت وهو ربا ، بخلاف ما إذا صالح عن الألف البيض على خمسمائة سود حيث يجوز لأنه إسقاط بعض حقه فدرا ووصفا ، وبخلاف ما إذا صالح على قدر الدين وهو أجرة لاه

معاوضة المثل بالمثل ولا متجبر بالصفة إلا أنه يشترط القبض في المجلس ، ولو كان عليه ألف درهم ومائة دينار فصالحه حل مائة درهم حالة أو إلى شهر صح الصلح لأنه أمكن أن يجعل إسقاطا للدنانير كلها والبراهم إلا مائة وتأجيلا للباقي فلا يعمل معاوضة تصحيحا للعقد أو لأن معنى الإسقاط فيه أثر .

قال (ومن له على كثر أنف درهم فقال أد إلى خدا منها خمسمائة على أنك برىء من الفضل فضل فهو برىء ، فإن لم يدفع إليه الخمسمائة خدا عاد عليه الألف وهو قول أبي حنيفة ومحمد ، وقال أبو يوسف رحمه الله : لا يعود عليه) لأنه إبراء مطلق ، ألا ترى أنه جعل أداء الخمسمائة عوضا حيث ذكره بكلمة حل وهي للمعاوضة ، والأداء لا يصلح عوضا لكونه مستحقا عليه ، فجبرى وجوده مجرى عدمه ففي الإبراء مطلقا ، فلا يعود كما إذا بدأ بالإبراء . ولما أن هذا إبراء مقيد بالشرط فيفوت بفواته لأنه بدأ بأداء الخمسمائة في الغد وأنه يصلح غرضا حذرا لإفلاسه وتوسلا إلى تجارته أربع منه وكلمة « حل » إن كانت للمعاوضة فهي محتملة للشرط لوجود معنى المقاتلة فيه ، فيحمل عليه عند تعلل الحمل على المعاوضة تصحيحا لتصرفه ، أو لأنه معترف بالإبراء بما يتقيد بالشرط وإن كان لا يتعاق به كما في الحوالة ، ويستخرج البداة بالإبراء إن شاء الله تعالى ، قال رضى الله عنه : وهذه المسئلة على وجوه : أحدها ما ذكرناه .

والثاني : إذا قال صاحبتك من الألف على خمسمائة تدفعها إلى خدا ، وأنت برىء من الفضل على أنك إن لم تدفعها إلى خدا فالألف عليك على حاله . وجوابه : أن الأمر على ما قال لأنه أتى بصريح التقييد فيعمل به .

والثالث : إذا قال أبرأتك من خمسمائة من الألف على أن تعطيني الخمسمائة خدا فالإبراء فيه واقع أعطى الخمسمائة أولم يعط ، لأنه أطلق الإبراء أولا وأداء الخمسمائة لا يصلح عوضا مطلقا ولكنه يصلح شرطا فوقع الشك في تقييده بالشرط فلا يتقيد به ، بخلاف ما إذا بدأ بأداء خمسمائة لأن الإبراء حصل مقرونا به ، فمن حيث إنه لا يصلح عوضا يقع مطلقا ، ومن حيث إنه يصلح شرطا لا يقع مطلقا ، فلا يثبت الإطلاق بالشك فافترقا .

والرابع : إذا قال أد إلى خمسمائة على أنك برىء من الفضل ولم يؤقت للأداء وقتا وجوابه : أنه يصح الإبراء ، ولا يعود الدين لأن هذا إبراء مطلق ، لأنه لما لم يؤقت للأداء وقتا لا يكون للأداء غرضا صحيحا ، لأنه واجب عليه في مطلق الأزمان فلم يتقيد

يل يعمل على المعاوضة ولا يصلح عرضاً ، بخلاف ما تقدم لأن الأداء في الغد عرض صحيح .
والخامس : إذا قال إن أدبت إلى خمسة أوقال : إذا أدبت ، أو متى أدبت •
فالجواب فيه : أنه لا يصح الإبراء لأنه علقه بالشرط صريحاً ، وتعلق الإبراء بالشرط
باطل لما فيها من معنى التعليل حتى يرتد بالرد ، بخلاف ما تقدم لأنه ما أتى بصريح الشرط
فحمل على التقييد به .

قال (ومن قال لآخر لا أقرّ لك بمالك حتى تؤخره عنى أو نخط عنى ففعل جاز عليه)
لأنه ليس بمكره ، ومعنى المسئلة إذا قال ذلك سراً أما إذا قال علانية يؤخذ به .

فصل في الدين المشترك

قال (وإذا كان الدين بين شريكين فصالح أحدهما من نصيبه على ثوب فشريكه
بالتخيير إن شاء اتبع الذي عليه الدين بنصفه وإن شاء أخذ نصف الثوب إلا أن يضمن له
شريكه ربع الدين) وأصل هذا أن الدين المشترك بين اثنين إذا قبض أحدهما شيئاً منه
فلمصاحبه أن يشاركه في المقبوض لأنه ازداد بالقبض إذ مالية الدين باعتبار عاقبة القبض ،
وهذه الزيادة واجبة إلى أصل الحق فتصير كزيادة الولد والثرثرة فله حق المشاركة ، ولكنه
قبل المشاركة باق على ملك القابض لأن العين غير الدين حقيقة وقد قبضه بدلاً عن حقه ،
فيملكه حتى ينفذ تصرفه فيه ويضمن لشريكه حصته ، والدين المشترك يكون واجباً
بسبب متحد كتمن المبيع إذا كان صفقة واحدة وممن المال المشترك والموروث بينهما ،
وقيمة المستهلك المشترك . إذا عرفنا هذا فقول : في مسئلة الكتاب له أن يتبع الذي عليه
الأصل ، لأن نصيبه باق في ذمته لأن القابض قبض نصيبه لكن له حق المشاركة وإن
شاء أخذ نصف الثوب ، لأن له حق المشاركة إلا أن يضمن له شريكه ربع الدين لأن
حقه في ذلك .

قال (ولو استوفى أحدهما نصف نصيبه من الدين كان لشريكه أن يشاركه فيما قبض)
لما قلنا (ثم يرجعان على الغريم بالباقي) لأنهما لما اشتركا في المقبوض لا بد أن يبقى الباقي
على الشركة :

قال (ولو اشترى أحدهما بنصيبه من الدين سلعة كان لشريكه أن يضمه ربع الدين)
لأنه صار قابضاً حقه بالمقاصة كلاً ، لأن معنى البيع على الماكسة بخلاف الصلح لأن مبناه
على الإغماض والمصلحة فلو ألزمناه دفع ربع الدين يتضررو به فيستخير القابض كما ذكرناه

ولا سبيل للشريك على الثوب في البيع لأنه ملكه بعقده والاستيفاء بالمقاصة بين ثمنه وبين الدين، ولشريك أن يتبع الغريم في جميع ما ذكرنا، لأن حقه في ذمته باق، لأن القابض استوفى نصيبه حقيقة لكن له حق المشاركة فله أن لا يشاركه، فلو سلم له ما قبض ثم نوى ما على الغريم له أن يشارك القابض لأنه رضى بالتسليم ليس له ما في ذمة الغريم ولم يسلم، ولو وقعت المقاصة بدين كان عليه من قبل لم يرجع عليه الشريك لأنه قاض بنصيبه لا مقض ولو أبرأه عن نصيبه فكذا لأنه إن لاف وليس يقبض، ولو أبرأه عن البعض كانت بقية الباقي على ما يبقى من السهام، ولو أخر أحدهما عن نصيبه صح عند أبي يوسف رحمه الله اعتباراً بالإبراء المطلق، ولا يصح عنهما لأنه يؤدي إلى قسمة الدين قبل القبض، ولو غصب أحدهما عينا منه أو اشتراه شراء فاسداً وهلك في يده فهو قبض والاستئجار بنصيبه قبض، وكذا الإحراق عند محمد رحمه الله خلافاً لأبي يوسف رحمه الله، والزواج به إن لاف في ظاهر الرواية، وكذا الصلح عليه من جنابة العمد.

قال (وإذا كان السلم بين شريكين فصالح أحدهما من نصيبه على رأس المال لم يميز عند أبي حنيفة ومحمد ورحمهما الله. وقال أبو يوسف رحمه الله: يجوز الصلح) اعتباراً بصائر الدين، وبما إذا اشترياه عبداً فأقال أحدهما في نصيبه. ولما أنه لو جاز في نصيبه خاصة يكون قسمة الدين في الذمة ولو جاز في نصيبهما لا بد من إجازة الآخر بخلاف شراء العين، وهذا لأن المسلم فيه صار واجبا بالعقد والعقد قام بهما فلا ينفرد أحدهما برضه ولأنه لو جاز لشاركه في المقبوض فإذا شاركه فيه رجع المصالح على من عليه بذلك فيؤدي إلى حود السلم بعد سقوطه قالوا: هذا إذا خلط رأس المال فإن لم يكونا قد خلطاه فعل الوجه الأول هو على الخلاف وعلى الوجه الثاني هو على الاتفاق.

فصل في التخارج

قال (وإذا كانت الشركة بين ورثة فأخرجوا أحدهم منها بمال أعطوه إياه والتركه حقل أو عروض جاز قليلاً كان ما أعطوه إياه أو كثيراً) لأنه أمكن تصحيحه بيما، وفيه أثر عثمان رضى الله عنه فإنه صالح تخاضر الأشجعية امرأة عبد الرحمن بن عوف رضى الله عنه عن ربح ثمنها على ثمانين ألف دينار.

قال (وإن كانت التركة فضة فأعطوه ذهباً أو كان ذهباً فأعطوه فضة فهو شكلك) لأنه بيع الجنس بخلاف الجنس فلا يمتنع التساوى، ويحبر القابض في المجلس لأنه صرف

غير أن الذي في يده بقية التركة إن كان جاحدا يكتفى بذلك القبض لأنه قبض ضمان فينوب
عن قبض المصلح وإن كان موقرا لا بد من تجديد القبض لأنه قبض أمانة فلا ينوب عن
قبض المصلح (وإن كانت التركة ذهبا وقضة وغير ذلك فصالحه على ذهب أو قضة
فلا بد أن يكون ما أعطوه أكثر من نصيبه من ذلك الجنس حتى يكون نصيبه بمثله
والزيادة بحقه من بقية التركة) استقرا عن الربا ، ولا بد من التقاض فيما يقابل نصيبه
من الذهب والقضة لأنه صرف في هذا القدر ، ولو كان بدل المصلح عرضا جاز مطلقا
لعدم الربا ، ولو كان في التركة دراهم ودنانير وبذل للمصلح دراهم ودنانير أيضا جاز المصلح
كيفما كان صرفا للجنس إلى خلاف الجنس كما في البيع لكن بشرط التقاض للصرف ،
قال (وإن كان في التركة دين على الناس فأدخلوه في المصلح على أن يخرجوا المصالح منه
ويكون الدين لهم فالمصلح باطل) لأن فيه تمليك الدين من غير من عليه وهو حصة المصالح
(وإن شرطوا أن يبرأ الغرماء منه ولا يرجع عليهم بتعصيب المصالح فالمصلح جائز) لأنه
إسقاط ، وهو تمليك الدين ممن عليه الدين وهو جائز وهذه حيلة الجواز ، وأخرى أن
يعملوا قضاء نصيبه متبرعين وفي الوجهين ضرر لبقية الورثة . والأوجه أن يقرضوا المصالح
مقدار نصيبه ويصالحوا عما وراء الدين ، ويحلبهم على استيفاء نصيبه من الغرماء ولو لم
يكن في التركة دين وأعيانها غير معلومة . والمصلح على المكيل والموزون ، قيل لا يجوز
لاحتال الربا ، وقيل يجوز لأنه شبهة الشبهة ، ولو كانت التركة غير المكيل والموزون
لكنتها أعيان غير معلومة ، قيل لا يجوز لكونه يما إذ المصالح منه عين . والأصح أنه
يجوز لأنها لا تنقض إلى المنازعة لقيام المصالح منه في يد البقية من الورثة ، وإن كان على
الميت دين مستغرق لا يجوز المصلح ولا القسمة لأن التركة لم يملكها الوارث وإن لم يكن
مستغرقا لا ينبغي أن يصالحوا ما لم يقضوا دية فضم حاجة الميت ولو فعلوا قالوا يجوز
وذكر الكرخي رحمه الله في القسمة أنها لا تجوز استحسانا وتجوز قياسا :

كتاب المضاربة

المضاربة : مشتقة من الضرب في الأرض سمى بها ، لأن المضارب يستحق الربح بسميه وعمله . وهو مشروع للحاجة إليها ، فإن الناس بين غنى بالمال غنى عن التصرف فيه ، وبين مهتد في التصرف صفر اليد عنه ، فمست الحاجة إلى شرع هذا النوع من التصرف ، لينتظم مصلحة الغنى والذكي والفقير والغنى ، وبعث النبي صلى الله عليه وسلم ولتأمن الناس يباشرونه فقرهم عليه وتعامات به الصحابة ثم المدفوع إلى المضارب أمانة في يده ، لأنه قبضه بأمر ماله لا على وجه البدل والوثيقة وهو وكيل فيه لأنه يتصرف فيه بأمر ماله ، وإذا ربح فهو شريك فيه لتملكه جزءا من المال بعمله فإذا ضلقت ظهرت الإجارة حتى استوجب العامل أجر مثله ، وإذا خالف كان غاصبا لوجود التعدي منه على مال غيره .

قال (المضاربة عقد على الشركة بمال من أحد الجانبين) ومواده الشركة في الربح وهو يستحق بالمال من أحد الجانبين (والصمل من الجانب الآخر) ولا مضاربة بدونها . ألا ترى أن الربح لو شرط كله لرب المال كان بضاعة ، ولو شرط جميعه للمضارب كان قرضا .

قال (ولا تصح إلا بالمال الذي يصح به الشركة) وقد تقدم بيانه من قبل ، ولو دفع إليه عرضاً وقال به وعمل مضاربة في ثمنه جاز لأنه يقبل الإضافة من حيث إنه توكيل وإجارة فلا مانع من الصحة ، وكذا إذا قال له اقبض مالي على فلان وعمل به مضاربة جاز لما قلنا ، بخلاف ما إذا قال له اعمل بالدين الذي في ذمتك حيث لا تصح المضاربة لأن عند أبي حنيفة رحمه الله لا يصح هذا التوكيل على ما مر في البيوع . وعندنا يصح لكن يقع الملك في المشتري للأمر فيصير مضاربة بالعرض .

قال (ومن شرطها أن يكون الربح بينهما مشاعا لا يستحق أحدهما دراهم مسماة) من الربح لأن شرط ذلك يقطع الشركة بينهما ولا بد منها كما في عقد الشركة .

قال (فإن شرط زيادة عشرة فله أجر مثله) لفساده فله ليربح إلا هذا القدر فنقطع للشركة في الربح ، وهذا لأنه ابتنى عن منافع عوضا ولم ينل لفساده والربح لرب المال لأنه نجاه ملكه ، وهذا هو الحكم في كل موضع لم تصح المضاربة ، ولا تجاوز بالأجر

القدر المشروط عند أبي يوسف رحمه الله خلافاً لمحمد رحمه الله كما بينا في الشركة ، ويجب الأجر وإن لم يربح فدرواية الأصل لأن أجر الأجير يجب بتسليم المنافع أو العمل وقد وجد . وعن أبي يوسف رحمه الله أنه لا يجب اعتباراً بالمضاربة الصحيحة مع أنها فوقها ، والمسال في المضاربة الفاسدة غير مضمون بالملك اعتباراً بالصحيحة ولأنه عين مستأجرة في يده ، وكل شرط يوجب جهالة في الربح يفسده لاختلال مقصوده وغير ذلك من الشروط الفاسدة لافسدها ، وبطل الشرط كاشطراط الوضعية على المضارب .

قال (ولا بد أن يكون المال مسلماً إلى المضارب ولا يد لرب المال فيه) لأن المال أمانة في يده فلا بد من التسليم إليه ، وهذا بخلاف الشركة ؛ لأن المال في المضاربة من أحد الجانبين والعمل من الجانب الآخر فلا بد من أن يخلص المال للعامل ليتسكن من التصرف فيه .

أما العمل في الشركة من الجانبين فلو شرط خلوص اليد لأحدهما لم تنعقد الشركة ، وشرط العمل على رب المال مفسد للعقد لأنه يمنع خلوص يد المضارب فلا يتمكن من التصرف فلا يتحقق المقصود ، سواء كان المالك عاقداً أو غير عاقد كالصغير ، لأن يد المالك ثابتة له ، وبقاء يده يمنع التسليم إلى المضارب ، وكذا أحد المتفاوضين وأحد شريكي العنان إذا دفع المالك مضاربة وشرط عمل صاحبه لقيام الملك له وإن لم يكن عاقداً ، واشتراط العمل على العاقد مع المضارب وهو غير مالك يفسده إن لم يكن من أهل المضاربة فيه كالمأذون ، بخلاف الأب والوصي لأنها من أهل أن يأخذوا مال الصغير مضاربة بأنفسهما فكذا اشتراطه عليهما بجزء من المال .

قال (وإذا صحّت المضاربة مطلقة جاز للمضارب أن يبيع ويشترى ويوكل ويسافر ويبيع ويودع) لإطلاق العقد ، والمقصود منه الاسترباح ولا يتحصل إلا بالتجارة فينظام العقد صنوف التجارة وما هو من صنف التجار والتوكيل من صنفيهم وكذا الإيداع والابضاع والمسافرة . الأثرى أن المودع له أن يسافر فالمضارب أولى ؛ كيف وأن اللفظ دليل عليه ؟ لأنها مشتقة من الضرب في الأرض وهو السير . وعن أبي يوسف رحمه الله أنه ليس له أن يسافر . وعنه وعن أبي حنيفة رحمه الله أنه إن دفع في بلده ليس له أن يسافر لأنه تعرض على المالك من غير ضرورة ، وإن دفع في غير بلده له أن يسافر إلى بلده لأنه هو المراد في الغالب والظاهر ما ذكر في الكتاب .

قال (ولا يضارب إلا أن يأذن له رب المال أو يقول له اعمل برأيتك) لأن الشيء

لا يتضمن مظه للمساويهما في القوة ، فلا بد من التخصيص عليه ، أو التفويض المطلق إليه وكان كالوكالة ، فإن الوكالة لا يملك أن يوكل غيره فيها وكله به إلا إذا قيل له اعمل برأيك بخلاف الإيداع والإيضاح لأنه دونه فيتضمنه ، وبخلاف الإقراض حيث لا يملكه ، ولأنه قيل له اعمل برأيك لأن المراد منه التعميم فيها هو من صنيع التجار ، وليس الإقراض منه وهو تبرع كالمدة والصدقة فلا يحصل له به الفرض وهو الربح لأنه لا يجوز الزيادة عليه ، لما دفع مضاربة فن صنيعهم وكذا الشركة والحلط بمال نفسه فيدخل تحت هذا القول .

قال ، وإن خص له رب المال التصرف في بلد بعينه أو في صاعدة بعينها لم يجز له أن يهاوئها) لأنه توكل وفي التخصيص فائدة فيتخصص ، وكذا ليس له أن يدفع بضاعة إلى من يخرجها من تلك البلدة لأنه لا يملك الإخراج بنفسه فلا يملك تفويضه إلى غيره .

قال (فإن خرج به إلى غير ذلك البلد فاشتري ضمن) وكان ذلك له وله ربحه لأنه تصرف بغير أمره ، وإن لم يشتري حتى رده إلى الكوفة ومضى التي عينها يرى من الضمان كالودع إذا خالف في الوديعة ثم ترك ، ورجع المال مضاربة على حاله لبقائه في يده بالمقد السابق ، وكذا إذا ردت بعضه واشترى ببعضه في المصر كان المردود والمشتري في المصر على المضاربة لما قلنا ثم شرط الشراء بها وهنا وهو رواية الجامع الصغير ، وفي كتاب المضاربة ضمنه بنفس الإخراج ، والصحيح أن بالشراء يقرر الضمان لزوال احتمال الرد إلى المصر الذي عينه .

أما الضمان فوجوبه بنفس الإخراج ، وإنما شرط الشراء فنقرر لأصل الوجوب ، وهذا بخلاف ما إذا قال : على أن يشتري في سوق الكوفة حيث لا يصح التقييد ، لأن المصر مع تباين أطرافه كبقعة واحدة فلا يفيد التقييد إلا إذا صرح بالنهي بأن قال اعمل في السوق ولا تعمل في غير السوق لأنه صرح بالحجر والولاية إليه ، ومعنى التخصيص أن يقول له على أن تعمل كذا أو في مكان كذا وكذا إذا قال خذ هذا المال لعمل به في الكوفة لأنه تفسير له أو قال فاعمل به في الكوفة لأن المقادير الوصول أو قال خذها بالنصف بالكوفة لأن البقاء للإصاقي .

أما إذا قال خذ هذا المال واعمل به بالكوفة فله أن يعمل فيها وفي غيرها لأن الواو الحلف فيصير بمنزلة المشورة ، ولو قال : على أن تشتري من فلان وتبيع منه صح التقييد لأنه مفيد لزيادة الثقة به في المعاملة ، بخلاف ما إذا قال : على أن تشتري بها من أهل الكوفة

أو دفع مالا في الصرف على أن يشتري به من الصبارة ويبيع منهم فباع بالكوفة من غير أهلها أو من غير الصبارة جاز ، لأن فائدة الأول التقييد بالمكان وفائدة الثاني التقييد بالنوع وهذا هو المراد عرفا لافيا وراء ذلك .

قال (وكذلك إن وقت للمضاربة وقتا يعينه يطل العقد بمضيه) لأنه توكيل فيعرب بمجاوئه ، والتوقيت مفيد فإنه تقييد بالزمان فصار كالتقييد بالنوع والمكان .

قال (وليس للمضارب أن يشتري من يعتق على رب المال لقراءة أو غيرها) لأن العقد وضع لتحصيل الربح وذلك بالصرف مرة بعد أخرى ، ولا يتحقق فيه لعتقه ، ولما لا يدخل في المضاربة شراء مالا يملك بالقبض كشراء الخمر والشراء بالمينة ، بخلاف البيع الفاسد لأنه يمكنه بيعه بعد قبضه فيتحقق المقصود .

قال (ولو فعل صار مشتريا لنفسه دون المضاربة) لأن الشراء متى وجد نقاذا حل المشتري نفذ عليه كالوكيل بالشراء إذا خالف .

قال (فإن كان في المال ربح لم يجز له أن يشتري من يعتق عليه) لأنه يعتق عليه نصيبه ويفسد نصيب رب المال أو يعتق على لاختلاف المعروف فيعتق التصرف فلا يحصل المقصود (وإن اشتراهم ضمن مال المضاربة) لأنه يصير مشتريا العبد لنفسه فيضمن بالتقدم من مال المضاربة (وإن لم يكن في المال ربح جاز أن يشتريهم) لأنه لا مانع من التصرف إذ لا شركة له فيه ليعتق عليه (فإن زادت قيمتهم بعد الشراء اعتق نصيبه منهم) للملكه بعض ثريه (ولم يضمن لرب المال شيئا) لأنه لا صنع من جهته في زيادة القيمة ولا في ملكه الزيادة لأن هذا شيء يثبت من طريق الحكم فصار كما إذا ورثه مع غيره (ويسمى العبد في قيمة نصيبه منه) لأنه احتسبت دالته عنده فيسمى فيه كما في الوراثة .

قال (فإن كان مع المضارب ألف بالنصف فاشتري بها جارية قيمتها ألف فوطئها فجماعت بولد يساوى ألفا فادعاه ثم بلغت قيمة الغلام ألفا وخمسة مائة والمدعى موسى ، فإن شاء رب المال استسمى الغلام في ألف ومائتين وخمسين ، وإن شاء أعتق) ووجه ذلك أن الدعوة صحيحة في الظاهر حلا على فراش النكاح لكنه لم يتغلل لفقد شرطه ، وهو الملك لعدم ظهور الربح لأن كل واحد منهما أعنى الأم والولد مستحق برأس المال كمال المضاربة إذا صار أحيانا لكل حين منها يساوى رأس المال لا يظهر الربح كذا هذا ، فإذا زادت قيمة الغلام الآن ظهر الربح فضدت الدعوة السابقة ، بخلاف ما إذا أعتق الولد ثم ازدادت القيمة

لأن ذلك إنشاء الحق ، فإذا بطل لعدم الملك لا ينفذ بعد ذلك بحدوث الملك . أما هذا فإخبار
فجاز أن ينفذ عند حدوث الملك كما إذا أقر بحرية عبد غيره ثم اشتراه ، فإذا صحت الدعوة
وثبت التسب عتق الولد لقيام ملكه في بعضه ولا يضمن لرب المال شيئاً من قيمة الولد ،
لأن حقه ثبت بالنسب والملك ، والملك آخرهما فيضاف إليه ولا يصح له فيه وهذا ضمان إعتاق
فلا بد من المدعى ولم يوجد (وله أن يستسمى الغلام) لأنه احتسبت ماله عنده وله أن يبقى
لأن المستسمى كالملك عند أبي حنيفة رحمه الله : ويستسميه في ألف ومائتين وخمسين لأن
الألف مستحق برأس المال والخمسمائة ربيع والربيع بينهما فلهذا يسمى له في هذا المقدار
ثم إذا قبض رب المال الألف له أن يضمن المدهى نصف قيمة الأم لأن الألف المأخوذ
لما استحق برأس المال لكونه مقدماً في الاستيفاء ظهر أن الجارية كلها ربيع فتكون بينهما
وقد تقلعت دعوة صحيحة لاحتمال الفراش الثابت بالنكاح وتوقف نفاذها لفقد الملك
فإذا ظهر الملك لغدت تلك الدعوة وصارت الجارية أم ولد له ويضمن نصيب رب المال
لأن هذا ضمان تملك وضمان التملك لا يستدعي صنعا كما إذا استولد جارية بالنكاح ثم
ملكها هو وغيره وورثة يضمن نصيب شريكه كذلك هذا ، بخلاف ضمان الولد على امرئ .

باب المضارب يضارب

قال (وإذا دفع المضارب المال إلى غيره مضاربة ولم يأذن له رب المال لم يضمن بالدفع
ولا يتصرف المضارب الثاني حتى يربح فإذا ربح ضمن الأول لرب المال) وهذا رواية
الحسن عن أبي حنيفة رحمه الله . وقالوا : إذا عمل به ضمن ربيع أو لم يربح وهذا ظاهر الرواية .
وقال زافر رحمه الله : يضمن بالدفع عمل أو لم يعمل ، وهو رواية عن أبي يوسف رحمه الله ،
لأن المملوك له الدفع على وجه الإبداع وهذا الدفع على وجه المضاربة . ولما أن الدفع
إبداع حقيقة وإنما يتقرر كونه المضاربة بالعمل فكان الحال مراعى قبله . ولأبي حنيفة
رحمه الله أن للدفع قبل العمل إبداع وبعده إضاع والعلان يملكهما المضارب ،
فلا يضمن بهما إلا أنه إذا ربح فقد أثبت له شركة في المال فيضمن كما لو غلطه بغيره ،
وهذا إذا كانت المضاربة صحيحة ، فإن كانت فاسدة لا يضمن الأول وإن عمل الثاني
لأنه أجبر فيه وله أجر مثله فلا تثبت الشركة به ، ثم ذكر في الكتاب يضمن الأول ولم
يذكر الثاني ، وقبل يبنى أن لا يضمن الثاني عند أبي حنيفة رحمه الله . وعندهما يضمن

بناء على اختلافهم في مودع المودع ، وقيل رب المال بالخيار إن شاء ضمن الأول وإن شاء ضمن الثاني بالإجماع . وهو المشهور ، وهذا عندهما ظاهر وكذا عنده . ووجه الفرق له بين هذه وبين مودع المودع أن المودع الثاني يقبضه لمنفعة الأول فلا يكون ضمانا .

أما المضارب الثاني يعمل فيه لنفسه فجاز أن يكون ضمانا ، ثم إن ضمن الأول صحت المضاربة بين الأول وبين الثاني وكان الربح بينهما على ما شرطاً لأنه ظهر أنه ملكه بال ضمان من حين خالف بالدفع إلى غيره لأجل الوجه الذي رضى به فصار كما إذا دفع مال نفسه ، وإن ضمن الثاني رجع على الأول بالعقد لأنه عامل له كما في المودع ولكنه مغرور من جهته في ضمن العقد ، وتصح المضاربة والربح بينهما على ما شرطاً ، لأن إقرار الضمان على الأول ، فكأنه ضمنه ابتداء ، ويطيب الربح للثاني ولا يطيب للأول لأن الأصل يستحقه بعمله ولا خيب في العمل والأعلى يستحقه بملكه المدد بأداء الضمان ولا يعرى عن نوع خيب .

قال (وإذا دفع إليه رب المال مضاربة بالنصف وأذن له أن يدفعه إلى غيره فدفعه بالثلث وقد تصرف الثاني وربح ، فإن كان رب المال قال له على أن مارزق الله فهو بيننا نصفان فرب المال النصف وللمضارب الثاني الثلث ، وللمضارب الأول السدس) لأن الدفع إلى الثاني مضاربة قد صح لوجود الأمر به من جهة المالك ورب المال شرط لنفسه نصف جميع ما رزق الله تعالى ، فلم يبق للأول إلا النصف فينصرف تصرفه إلى نصيبه ، وقد جعل من ذلك بقدر ثلث الجميع للثاني فيكون له فلم يبق إلا السدس ويطيب لهما ذلك لأن فعل الثاني واقع للأول ، كمن استأجر على غياطة ثوب بدرهم فاستأجر غيره عليه بنصف درهم (وإن كان قال له على أن مارزقك الله فهو بيننا نصفان فللمضارب الثاني الثلث والباقي بين المضارب الأول ورب المال نصفان) لأنه فوّض إليه التصرف وجعل لنفسه نصف ما رزق الأول وقد رزق الثلثين فيكون بينهما ، بخلاف الأول لأنه جعل لنفسه نصف جميع الربح فافترقا (ولو كان قال له فاربحت من شيء فيني وبينك نصفان وقد دفع إلى غيره بالنصف فللثاني النصف والباقي بين الأول ورب المال) لأن الأول شرط للثاني نصف الربح وذلك مفوض إليه من جهة رب المال فيستحقه وقد جعل رب المال لنفسه نصف ما ربح الأول ولم يربح إلا النصف فيكون بينهما (ولو كان قال له على أن مارزق الله تعالى فلي نصفه أو قال فما كان من فضل فيني وبينك نصفان وقد

دفع إلى آخر مضاربة بالنصف فلرب المال النصف والمضارب الثاني النصف ولا شيء للمضارب الأول) لأنه جعل لنفسه نصف مطلق التفضل ؛ فينصرف شرط الأوك النصف الثاني إلى جميع نصيبه فيكون الثاني بالشرط ويخرج الأول بغير شيء كمن استأجر ليخيط ثوبا بدينهم فاستأجر غيره ليخيطه بمثله (وإن شرط للمضارب الثاني ثلث الربح فلرب المال النصف والمضارب الثاني النصف ، ويضمن المضارب الأول الثاني سدس الربح في ماله) لأنه شرط للثاني شيئا هو مستحق لرب المال فلم ينفذ في حقه لما فيه من الإبطال لكن التسمية في نفسها صحيحة لكون المسيء معلوما في عقد يملكه ، وقد ضمن له السلامة فيلزمه الوفاء به ولأنه غره في ضمن العقد وهو سبب الرجوع فلهذا يرجع عليه وهو نظير من استأجر غليظة ثوب بدينهم فدفعه إلى من يخيطه بدينهم ونصف .

فصل

قال (وإذا شرط المضارب لرب المال ثلث الربح ولعبد رب المال ثلث الربح على أن يحصل معه ولنفسه ثلث الربح فهو جائز) لأن للعبد يدا معتبرة خصوصا إذا كان مأذونا له واشتراط العمل إذن له ولهذا لا يكون للمولى ولاية أخذ ما أودعه العبد ، وإن كان محجورا عليه ولهذا يجوز بيع المولى من عبده المأذون له ، وإذا كان كذلك لم يكن مانعا من التسليم والتخلى بين المال والمضارب بخلاف اشتراط العمل على رب المال لأنه مانع من التسليم على ما مر ، وإذا صحت المضاربة يكون الثلث للمضارب بالشرط والثلاثان للمولى لأن كسب العبد للمولى إذا لم يكن عليه دين وإن كان عليه دين فهو للفرءاء هذا إذا كان العاقد هو المولى (ولو عقد العبد المأذون عقد المضاربة مع أجنبي وشرط العمل على المولى لا يصح إن لم يكن عليه دين) لأن هذا اشتراط العمل على المالك (وإن كان على العبد دين صح عند أبي حنيفة رحمه الله) لأن المولى بمنزلة الأجنبي عنده على ما عرف ، والله أعلم .

فصل في العزل والقسمة

قال (وإذا مات رب المال أو المضارب بطلت المضاربة) لأنه توكل على ما تقدم ، وموت الموكل يبطل الوكالة ، وكذا موت الوكيل . ولا تورث الوكالة وقد مر من قبل (وإن ارتد رب المال عن الإسلام) والعمياء بالله (ولحق بدار الحرب بطلت المضاربة) لأن المحرق بمنزلة الموت ألا ترى أنه يقسم ماله بين ورثته وقبل لحوقه يتوقف تصرف

حضرابه عند أبي حنيفة رحمه الله لأنه يتصرف له نصار كتصرفه بنفسه (ولو كان المضارب هو المرتد فالمضاربة على حالها) لأن له عبارة صحيحة ولا توقف في ملك رب المال بقبول المضاربة .

قال (فإن عزل رب المال المضارب ولم يعلم بعزله حتى اشترى وباع فنصرفه جائز) لأنه وكيل من جهته ، وعزل الوكيل قصدا يتوقف على علمه (وإن علم بعزله والمال عروض فله أن يبيعها ولا يمنعه العزل من ذلك) لأن حقه قد ثبت في الربح وإنما يظهر بالقسمة وهي تبقى على رأس المال وإنما ينقض بالبيع .

قال (ثم لا يجوز أن يشتري بثمنها شيئا آخر) لأن العزل إنما لم يعمل ضرورة معرفة رأس المال ، وقد اندفعت حيث صار نقدا فيعمل العزل (فإن عزله ورأس المال دراهم أو دنانير وقد نضت لم يجز له أن يتصرف فيها) لأنه ليس في إعمال عزله إبطال حقه في الربح فلا ضرورة .

قال رضي الله عنه : وهذا الذي ذكره إذا كان من جنس رأس المال ، فإن لم يكن بأن كان دراهم ورأس المال دنانير أو على القلب له أن يبيعها بجنس رأس المال استحصانا ، لأن الربح لا يظهر إلا به وصار كالعروض ، وعلى هذا موت رب المال ولو حقه بعد الردة في بيع العروض ونحوها .

قال (وإذا ائتمرا في المال ديون وقد ربح المضارب فيه أجبره الحاكم على اقتضاء الديون) لأنه بمنزلة الأجير والربح كالأجر له (وإن لم يكن له ربح لم يلزمه الاقتضاء) لأنه وكيل محض ، والمتبرع لا يجبر على إيفاء ما تبرع به (ويقال له وكل رب المال في الاقتضاء) لأن حقوق العقد ترجع إلى العاقد ، فلا بد من توكيله وتوكله كيلا يضيع حقه . وقال في الجامع الصغير : يقال له أجل مكان قوله وكل ، والمراد منه الوكالة وصلى هذا سائر الوكالات ، والبيع والسمار يجبران على التقاضي لأنهما يعملان بأجرة عادة .

قال (وما هلك من مال المضاربة فهو من الربح دون رأس المال) لأن الربح تابع وصرف الهلاك إلى ما هو التبع أولى كما يصرف الهلاك إلى العفو في الزكاة (فإن زاد الهلاك على الربح فلا ضمان على المضارب) لأنه أمين (وإن كانتا يقسمان الربح والمضاربة يجلها ثم هلك المال بعضه أو كله ترادف الربح حتى يسقوف رب المال رأس المال) لأن قسمة الربح لا تصح قبل استيفاء رأس المال لأنه هو الأصل وهذا بناء عليه وتبع له ، فإذا هلك ما به

المضارب أمانة تبين أن ما استوفياه من رأس المال فيضمن المضارب ما استوفاه لأنه أخذه
لنفسه وما أخذه رب المال محسوب من رأس ماله (وإذا استوفى رأس المال ، فإن فضل شيء
كان بينهما لأنه ربح ، وإن نقص فلا ضمان على المضارب) لما بينا (فلو اقتسما الربح
وفسخا المضاربة ثم حقداهما فهلك المال لم يترادا الربح الأول) لأن المضاربة الأولى قد
انتهت ، والثانية عقد جديد ، فهلاك المال مع الثاني لا يوجب انقضاء الأول كما إذا دفع
إليه مالا آخر .

فصل فيما يفعله المضارب

قال (ويجوز للمضارب أن يبيع ويشترى بالنقد والنسيئة) لأن كل ذلك من صنيع
التجار فينظمه إطلاق العقد إلا إذا باع إلى أجل لا يبيع التجار إليه ، لأن له الأمر العام
المعروف بين الناس ، ولهذا كان له أن يشتري دابة للركوب ، وليس له أن يشتري سفينة
للكوب ، وله أن يستكرها اعتبارا لمادة التجار . وله أن يأذن لعبد المضاربة في التجارة
في الرواية المشهورة لأنه من صنيع التجار ، ولو باع بالنقد ثم أخر الثمن جاز بالإجماع ؛
أما حدهما فلأن الوكيل يملك ذلك فالمضارب أولى إلا أن المضارب لا يضمن لأن له أن
يقابل ثم يبيع نسيئة ، ولا كذلك الوكيل لأنه لا يملك ذلك ، وأما عند أبي يوسف رحمه الله
فلا يملك الإقالة ، ثم البيع بالنساء بخلاف الوكيل لأنه لا يملك الإقالة .

(ولو احتال بالخمن على الأيسر أو الأعرس جاز) لأن الحوالة من عادة التجار ، بخلاف
الوصى يحال بمال اليتيم حيث يعتبر فيه الأنظر لأن تصرفه مقيد بشرط النظر ، والأصل
أن ما يفعله المضارب ثلاثة أنواع :

نوع يملكه بمطلق المضاربة ، وهو ما يكون من باب المضاربة وتوابعها ، وهو
ما ذكرنا ، ومن جملة الوكيل بالبيع والشراء للحاجة إليه والارتهاق والرهن ، لأنه إضفاء
واستيفاء ، والإجارة والاستئجار والإيداع والإبضاع والمسافرة على ما ذكرناه من قبل ؛
ونوع لا يملكه بمطلق العقد ويملكه إذا قيل له اعمل برأيك ، وهو ما يحتمل أنه
يلحق به فيلحق عند وجود الدلالة ، وذلك مثل دفع المال مضاربة أو شركة إلى غيره
وخطط مال المضاربة بماله أو بمال غيره ، لأن رب المال رضى بشركته لا بشركه غيره ،
وهو أمر عارض لا يترقب عليه التجارة ، فلا يدخل تحت مطلق العقد ولكنه جهة

في التبرع ، فمن هذا الوجه يوافقه فيدخل فيه عند وجود الدلالة ، وقوله اعمل برأيك دلائل على ذلك .

ونوع لا يملكه بمطلق العقد ولا بقوله اعمل برأيك إلا أن ينص عليه رب المال وهو الاستدانة ، وهو أن يشتري بالدراهم والدنانير بعد ما اشترى برأس المال السلعة وما أشبه ذلك ، لأنه يصير المال زائدا على ما انعقد عليه المضاربة ولا يرضى به ولا يشغل ذمته بالدين ، ولو أذن له رب المال بالاستدانة صار المشتري بينهما نصفين بمنزلة شركة الوجوه ، وأخذ السفائح لأنه نوع من الاستدانة ، وكلما إعطاهما لأنه إقراض ، والمحل بمال وينبغي مال والكتابة لأنه ليس بتجارة والإقراض والمبة والصدقة لأنه تبرع محض : قال (ولا يزوج عبدا ولا أمة من مال المضاربة) وعن أبي يوسف رحمه الله أنه يزوج الأمة لأنه من باب الاكتساب ، ألا ترى أنه يستفيد به المهر وسقوط النفقة . ولما أنه ليس بتجارة والعقد لا يتضمن إلا التوكيل بالتجارة وصار كالكتابة والإحتاق على ماله لأنه اكتساب ولكن لما لم يكن تجارة لا يدخل تحت المضاربة فكلها هذا .

قال (فإن دفع شيئا من مال المضاربة إلى رب المال بضاعة فاشتري رب المال وباع فهو على المضاربة) وقال زفر رحمه الله : تفسد المضاربة ، لأن رب المال متصرف في مال نفسه فلا يصلح وكيل فيه فيصير مستردا ، ولهذا لا تصح إذا شرط العمل عليه ابتداء : ولنا أن التولية فيه قد تمت وصار التصرف حقا للمضارب فيصلح رب المال وكيله عنه في التصرف والإبضاع توكيل منه فلا يكون استردادا ، بخلاف شرط العمل عليه في الابتداء لأنه يمنع التولية ، وبخلاف ما إذا دفع المال إلى رب المال مضاربة حيث لا يصح لأن المضاربة تعتمد شركة على مال رب المال وعمل المضارب ولا مال ههنا للمضارب فلجوز زناه يؤدي إلى قلب الموضوع ، وإذا لم تصح بقى عمل رب المال بأمر المضارب فلا يطل به المضاربة الأولى .

قال (وإذا عمل المضارب في المصير فليست نفقته في المال ، وإن سافر قطعه له وشرا به وكموته وركوبه) ومعناه شراء وكراه في المال . ووجه الفرق أن النفقة تحجب بازاء الاحتباس كنفقة القاضى ونفقة المرأة . والمضارب في المصير ساكن بالسكنى الأصل وإذا سافر صار مجبوسا بالمضاربة فيستحق النفقة فيه ، وهذا بخلاف الأجير لأنه يستحق البدل لأعماله فلا يضرر بالإفلاق من ماله . أما للمضارب ظلم له إلا الربح وهو في حيز فقره

هو أنفق من ماله يتضرر به ، وبخلاف المضاربة الفاسدة لأنه أجبر ، وبخلاف البضاعة لأنه متبرع ؟

قال (ولو بقي شيء في يده بعد ما قدم مصره رده في المضاربة) لانتهاء الاستحقاق . ولو كان محروجه دون السفر ، فإن كان بحيث يندو ثم يروح فيبيت بأهله فهو بمنزلة السوق في المصر ، وإن كان بحيث لا يبيت بأهله فنفعه في مال المضاربة لأن خروجه للمضاربة ، والنفقة هي ما يصرف إلى الحاجة الراتبية وهو ما ذكرنا ، ومن جملة ذلك غسل ثيابه وأجرة أجبر يخدمه وحلف دابة بركبها والسمن في موضع يحتاج إليه عادة كالخجاز ، وإنما يطلق في جميع ذلك بالمعروف حتى يضمن الفضل إن جاوزه اعتبارا للتعارف بين التجار . قال (وأما الدواء في ماله) في ظاهر الرواية . وعن أبي حنيفة رحمه الله أنه يدخل في النفقة لأنه لإصلاح بدنه ولا يتمكن من التجارة إلا به فصار كالنفقة وبه الظاهر أن الحاجة إلى النفقة معلومة الوقوع وإلى الدواء بعارض المرض ، ولهذا كانت نفقة المرأة على الزوج ودواؤها في مالها :

قال (وإذا ربح أخذ رب المال ما أنفق من رأس المال ، فإن باع المتاع مراعاة حسب ما أنفق على المتاع من الحملان ونحوه ، ولا يحسب ما أنفق على نفسه) لأن العرف جار يلحق الأول دون الثاني ، ولأن الأول يوجب زيادة في المالية بزيادة القيمة والثاني لا يوجبها .

قال (فإن كان معه ألف فاشترى بها ثيابا فقصرها أو حملها بمائة من عنده وقد قيل له اعمل برأيك فهو متطوع) لأنه استدانه على رب المال فلا يتخطمه هذا المقال على ما مر (وإن صنفها أمر فهو شريك بما زاد الصبغ فيه ولا يضمن) لأنه عين مال قائم به حتى إذا بيع كان له حصة الصبغ وحصة الثوب الأبيض على المضاربة ، بخلاف القصار والحمل لأنه ليس بعين المال قائم به ، ولهذا إذا فعله الغاصب ضاع ولا يضيع إذا صبغ المغصوب ، وإذا صار شريكا بالصبغ انخطمه قوله اعمل برأيك انتظامه الخلطة فلا يضمنه .

فصل آخر

قال (فإن كان معه ألف بالنصف فاشترى بها يزا قباعه بألفين ثم اشترى بألفين عبدا عظيما فبذرها حتى ضاعا بفقرم رب المال ألفا وخمسمائة والمضارب خمسمائة ويكون ربح العبد للمضارب وثلاثة أرباعه على المضاربة) .

قال رحمه الله : هذا الذى ذكره حاصل الجواب لأن الثمن كله على المضارب إذ هو المعاهد إلا أن له حق الرجوع على رب المال بألف وخمسة على مائتين فيكون عليه فى الآخرة . ووجهه أنه لما نص المال ظهر الربيع وله منه وهو خمسة فإذا اشترى بالألفين عبدا صار مشتريا ربه لنفسه وثلاثة أرباعه للمضاربة على حسب انقسام الألفين ، وإذا ضاعت الألفان وجب عليه الثمن لما بيناه ، وله الرجوع بثلاثة أرباع الثمن على رب المال لأنه وكيل من جهته فيه ويخرج نصيب المضارب وهو الربيع من المضاربة لأنه مضمون عليه ومال المضاربة أمانة وبينهما منافاة ، ويبقى ثلاثة أرباع العبد على المضاربة لأنه ليس فيه ما ينافى المضاربة (ويكون رأس المال ألفين وخمسة) لأنه دفع مرة ألفا ومرة ألفا وخمسة (ولا يبيعه مراعاة إلا على ألفين) لأنه اشتراه بألفين ، ويظهر ذلك فما إذا بيع العبد بأربعة آلاف فصحة المضاربة ثلاثة آلاف يرفع رأس المال ويبقى خمسة ربيع بينهما .

قال (وإن كان معه ألف فاشترى رب المال عبدا بخمسة وباعه إياه بألف فإنه يبيعه مراعاة على خمسة) لأن هذا البيع مقضى . يجاوزه لتغاير المقاصد دفعا للحاجة وإن كان بيع ملكه بملكه بملكه إلا أن فيه شبهة العدم ومبنى المراجعة على الأمانة والاحتراز عن شبهة الخيانة فاعتبر أقل الثمنين ؛ ولو اشترى المضارب عبدا بألف وباعه من رب المال بألف ومائتين باعه مراعاة بألف ومائة لأنه اعتبر علما فى حق نصف الربيع وهو نصيب رب المال وقد مر فى البيوع .

قال (فإن كان معه ألف بالنصف فاشترى بها عبدا قيمته ألفان فقتل العبد رجلا خطأ فثلاثة أرباع القداء على رب المال وربعه على المضارب) لأن القداء مؤنة الملك فيقتدر بقدر الملك وقد كان الملك بينهما أرباعا لأنه لما صار المال عينا واحدا ظهر الربيع وهو ألف بينهما وألف لرب المال برأس ماله لأن قيمته ألفان ، وإذا فدىا خرج العبد عن المضاربة . أما نصيب المضارب فلما بيناه ، وأما نصيب رب المال فلقضاء القاضي بانقسام القداء عليهما لما أنه يتضمن قسمة العبد بينهما والمضاربة تنتهى بالقسمة ، بخلاف ما تقدم لأن جميع الثمن فيه على المضارب وإن كان له حق الرجوع فلا حاجة إلى القسمة ، ولأن العبد كالتراثل عن ملكهما بالجناية ودفع القداء كابتداء للشراء فيكون العبد بينهما أرباعا لأعلى المقابلة ينقسم المضارب يوما ورب المال ثلاثة أيام بخلاف ما فهم .

قال (وإذا كان معه ألف فاشتري بها عبدا فلم يتقدها حتى هلكت الألف يدفع رب المال ذلك الثمن ورأس المال جميع ما يدفع إليه رب المال) لأن المال أمانة في يده ، ولا يصير مستوفيا ، والاستيفاء إنما يكون قبض مضمون ، وحكم الأمانة يتأنيه فيرجع مرة بعد أخرى ، بخلاف الوكيل بالشراء إذا كان الثمن مدفوعا إليه قبل الشراء وهلك بعد الشراء حيث لا يرجع إلا مرة لأنه أمكن جعله مستوفيا لأن الوكالة تجامع الضمان كالغائب إذا توكل ببيع المنصوب ثم في الوكالة في هذه الصورة يرجع مرة ، وفيها إذا اشترى ثم دفع للموكل إليه المال فهلك لا يرجع ، لأنه ثبت له حق الرجوع بنفس الشراء ، فجعل مستوفيا بالتبض بعده ، أما المدفوع إليه قبل الشراء أمانة في يده وهو قائم على الأمانة جهده فلم يصير مستوفيا ، فإذا هلك رجع عليه مرة ثم لا يرجع لوقوع الاستيفاء على ما مره

فصل في الاختلاف

قال (وإذا كان مع المضارب ألفان فقال دفعت إلى ألفا وريحت ألفا وقال رب المال لا بل دفعت إليك ألفين فالقول قول المضارب) وكان أبو حنيفة رحمه الله يقول أولا القول قول رب المال ، وهو قول زفر رحمه الله ، لأن المضارب يدعى عليه الشركة في الربح وهو ينكر والقول قول المنكر ثم رجع إلى ما ذكر في الكتاب لأن الاختلاف في الحقيقة في مقدار القبض ، وفي مثله القول قول القابض ضميئا كان أو أمينا لأنه أعرف بمقدار القبض ؛ ولو اختلفا مع ذلك في مقدار الربح فالقول فيه لرب المال لأن الربح يستحق بالشرط وهو يستفاد من جهته ، وأيهما أقام البينة على ما ادعى من فضل قبلت لأن البينات للإيجاب .

قال (ومن كان معه ألف درهم فقال هي مضاربة لفلان بالنصف وقد ربح ألفا وقال فلان هي بضاعة فالقول قول رب المال) لأن المضارب يدعى عليه تقويم عمله أو شرطا من جهته أو يدعى الشركة وهو ينكر (ولو قال المضارب أقرضتني وقال رب المال هو بضاعة أو ودعيت فالقول لرب المال والهيئة بينة المضارب) لأن المضارب يدعى عليه التملك وهو ينكر (ولو ادعى رب المال المضاربة في نوع وقال الآخر : ما سميت لي تجارة بعينها فالقول للمضارب) لأن الأصل فيه العموم والإطلاق والتخصيص يعارض الشرط ؛ بخلاف الوكالة لأن الأصل فيه الخصوص (ولو ادعى كل واحد منهما نوعا فالقول لرب

(المال) لأنهما اتفقا على التخصيص والإذن يستفاد من جهة فيكون القول له ؛ ولو أقيم
البيتنة فالبيتنة بينة المضارب لحاجته إلى تقي الضمان وعدم حاجة الآخر إلى البيتنة ؛ ولو وقعت
البيتتان وقتا فصاحب الوقت الأخير أولى لأن آخر الشرطين ينقض الأول .

كتاب الوديعة

قال (الوديعة أمانة في يد المودع إذا حلت لم يضمنها) لقوله عليه الصلاة والسلام
« ليس على المستعير غير المخل » ضمان ولا على المستودع غير المخل ضمان ، ولأن بالناس حاجة
إلى الاستيداع فلوضعها بمنع الناس عن قبول الودائع فتشغل مصالحهم ؛

قال (والمودع أن يحفظها بنفسه وعن في عياله) لأن الظاهر أنه يلتزم حفظ مال
غيره على الوجه الذي يحفظ مال نفسه ، ولأنه لا يجد بدا من الدفع إلى عياله لأنه لا يمكنه
ملازمة بيته ولا استصحاب الوديعة في خروجه فكان المالك راضيا به (فان حفظها
بغيرهم أو أودعها غيرهم ضمن) لأن المالك رضى بيده لا بيد غيره والأيدى تختلف في
الأمانة ، ولأن الشيء لا يتضمن مثله كالوكيل لا يوكل غيره والوضع في حرز غيره إباح
إلا إذا استأجر الحرز فيكون حافظا بحرز نفسه .

قال (إلا أن يقع في داره حريق فيسلمها إلى جاره أو يكون في سفينة فخطف الغرق
فيلقيا إلى سفينة أخرى) لأنه تعين طريقا للحفظ في هذه الحالة فيرضيه المالك (ولا يصدق
على ذلك إلا بيينة) لأنه يدعى ضرورة مسقط للضمان بعد تحقق السبب فصار كما إذا
أدعى الإذن في الإيداع .

قال (فإن طلبها صاحبها فنحها وهو يقدر على تسليمها ضمنها) لأنه متعدد بالمنع وهذا
لأنه لما طالبه لم يكن راضيا بما سأك به بعد فيضمنه بحسبه عنه .

قال (وإن غلطها المودع بماله حتى لا تتميز ضمنها ثم لا سبيل للمودع عليها عند
أبي حنيفة رحمه الله . وقالوا : إذا غلطها بجنسها شركة إن شاء) مثل أن يخطط الدراهم البيضاء
بالبيض والسود بالسود والخططة بالخططة والشعر بالشعر . فما أنه لا يمكنه الوصول إلى عين حقه
صورة وأمكنه معنى بالقسمه فكان استهلاكه من وجه دون وجه فيميل إلى أيهما شاء . وله أنه
استهلاك من كل وجه لأنه فعل يتطرق معه الوصول إلى عين حقه ، ولا محذور بالقسمه

لأنها من موجبات الشركة فلا تصلح موجبة لها ، ولو أبرأ المخلوط لا سبيل له حل المخلوط عند أبي حنيفة رحمه الله لأنه لاحق له إلا في الدين وقلم سقط . وعندهما بالإبراء تسقط خيرة الضمان فيتمتع الشركة في المخلوط وخطل الخلل بالزيت وكل مانع ينير جنسه يوجب انقطاع حتى المالك إلى الضمان وهذا بالإجماع لأنه استهلاك صورة وكذا معنى لتعلم القسمة باختيار اختلاف الجنس ، ومن هذا القليل خطل الحنطة بالشعير في الصحيح ، لأن أحدهما لا يخلو من حبات الآخر فتعذر التمييز والقسمة . ولو خطل المائع بجنسه ، فعند أبي حنيفة رحمه الله ينقطع حتى المالك إلى ضمان لما ذكرنا ، وعند أبي يوسف رحمه الله يجعل الأقل قائما للأكثر اعتبارا للغالب أجزاء . وعند محمد رحمه الله شركة بكل حال لأن الجنس لا يوجب الجنس عنده على مامر في الرضاع ، ونظيره خطل الدرهم بمثلها إذابة لأنه يصير مالها بالإذابة .

قال (وإن اختلطت بماله من غير فعله فهو شريك لصاحبا) كما إذا انشق الكيسان فاختلطاً لأنه لا يضمنها لعدم الصنع منه فيشتركان وهذا بالاتفاق :

قال (فإن أنفق المودع بعضها ثم رد مثله فخطله بالباقي ضمن الجميع) لأنه خطل مال غيره بماله فيكون استهلاكاً على الوجه الذي تقدم . قال (وإذا تعدى المودع في الوديعة بأن كانت دابة فركبها أو ثوباً فلبسه أو عبداً فاستخدمه أو أودعها عند غيره ثم أزال التعدي فردها إلى يده زال الضمان) وقال الشافعي رحمه الله : لا يبرأ عن الضمان لأن عقد الوديعة ارتفع حين صار ضماناً للمنافاة فلا يبرأ إلا بالرد على المالك ، ولنا أن الأمر باق لإطلاقه ، وارتفاع حكم العقد ضرورة ثبوت نقيضه ، فإذا ارتفع عاد حكم العقد كما إذا استأجره للحفظ شهراً فترك الحفظ في بعضه ثم حفظ في الباقي فحصل الرد إلى نائب المالك .

قال (فإن طلبها صاحبها فجعلها ضمنها) لأنه لما طالبه بالرد فقد عزله عن الحفظ فيعد ذلك هو بالإسك فاصب مانع منه فيضمنها ، فإن عاد إلى الاعتراف لم يبرأ عن الضمان لارتفاع العقد إذ المطالبة بالرد رفع من جهةه والجمود فسخ من جهة المودع كجمود الوكيل الوكالة وجود أحد المتعاقدين البيع فتم الرفع ، أو لأن المودع ينفرد بعزل نفسه بمحصر من المستودع كالوكيل بمثل ذلك عزل نفسه بمحضرة الموكل ، وإذا ارتفع لا يعود إلا بالنقض فلم يوجد الرد إلى نائب المالك بخلاف اختلاف ثم المودع إلى الوفاق ، ولو جعلها عند غير صاحبها لا يضمنها عند أبي يوسف رحمه الله خلافاً لغيره رحمه الله ، لأن الجمود عند

غيره من باب الحفظ لأن فيه قطع طمع الطامعين ، ولأنه لا يملك عزل نفسه بغير محضر معه أو طلبه بقى الأمر ، بخلاف ما إذا كان بمحضته .

قال (والمودع أن يسافر بالوديعة وإن كان لها حل ومؤنة عند أبي حنيفة رحمه الله ، وقالوا : ليس له ذلك إذا كان لها حل ومؤنة) وقال الشافعي رحمه الله : ليس له ذلك في الوجهين . لأبي حنيفة رحمه الله تعالى إطلاق الأمر والمفازة محل الحفظ إذا كان الطريق آمناً ، ولهذا يملك الأب والوصي في مال الصبي . ولما أنه تلزم مؤنة الرد فيها له حل ومؤنة ، والظاهر أنه لا يرضى به فيتعهد ، والشافعي رحمه الله يقيده بالحفظ المتعارف وهو الحفظ في الأمصار وصار كالاستحفاظ بأجر .

قلنا : مؤنة الرد تلزمه في ملكه ضرورة امتثال أمره فلا يبالى به ، والمتباد كونهم في المصر لاحتفاظهم ومن يكون في المفازة يحفظ ماله فيها ، بخلاف الاستحفاظ بأجر لأنه عقد معاوضة فيقتضى التسليم في مكان العقد (وإذا ناه المودع أن يخرج بالوديعة فخرج بها ضمن) لأن التقييد مفيد إذا الحفظ في المصر أبلغ فكان صحيحاً .

قال (وإذا أودع رجلان عند رجل وديعة فحضر أحدهما وطلب نصيبه منها لم يدفع إليه نصيبه حتى يحضر الآخر عند أبي حنيفة رحمه الله . وقالوا : يدفع إليه نصيبه) وفي الجامع الصغير : ثلاثة استردوها رجلاً ألفاً فغاب اثنان فليس للحاضر أن يأخذ نصيبه عنده ، وقالوا له ذلك ، والخلاف في المكبل والموزون وهو المراد بالمذكور في المختصر . لهما أنه طالبه بدفع نصيبه فيؤمر بالدفع إليه كما في الدين المشترك وهذا لأنه يطالبه بتسليم ما سلم إليه وهو النصف ، ولهذا كان له أن يأخذه فكأنما يؤمر هو بالدفع إليه . ولأبي حنيفة رحمه الله : أنه طالبه بدفع نصيب الغائب ، لأنه يطالبه بالمقرض وحقه في المشاع ، والمقرض المعين يشتمل على الحقيق ولا يتميز حقه إلا بالتقسمة ، وليس للمودع ولاية التقسمة ولهذا لا يقع دفعه قسمة بالإجماع ، بخلاف الدين المشترك لأنه يطالبه بتسليم حقه لأن الدين تقضى بأمانها قوله له أن يأخذه .

قلنا : ليس من ضرورته أن يجبر المودع على الدفع كما إذا كان له ألف درهم وديعة عند إنسان وعليه ألف لغيره فظنهم أن يأخذه إذا ظفر به ، وليس للمودع أن يدفعه إليه ، قال (وإن أودع رجل عند رجلين شيئاً مما يقسم لم يجز أن يدفعه أحدهما إلى الآخر ولكنهما يقسمانه فيحفظ كل واحد منهما نصفه وإن كان لا يقسم جاز أن يحفظه أحدهما

يؤذن الآخر) وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله ، وكذلك الجواب عنه في المرتين والوكيلين بالشراء إذا سلم أحدهما إلى الآخر . وقالوا : لأحدهما أن يحفظ يؤذن الآخر في الوجهين . لما أنه رضى بأماتهما فكان لكل واحد منهما أن يسلم إلى الآخر ولا يضمنه كما فيها لا يقسم . وله أنه رضى بحفظهما ولم يرض بحفظ أحدهما كله ، لأن الفعل متى أضيف إلى ما يقبل الوصف بالتجزى تناول البعض دون الكل فوقع التسليم إلى الآخر من غير رضا المالك فيضمن الدافع ولا يضمن القابض لأن مودع المودع عنده لا يضمن وهذا بخلاف ما لا يقسم لأنه لما أودعهما ولا يمكنهما الاجتماع عليه آفاه الليل والنهار وأمكنهما المهاباة كان المالك واضيا يدفع الكل إلى أحدهما في بعض الأحوال .

قال (وإذا قال صاحب الوديعة للمودع لاتسلمها إلى زوجتك فسلمها إليها لا يضمن . وفي الجامع الصغير إذا نهاه أن يدفعها إلى أحد من عياله فدفعها إلى من لا بد له منه لا يضمن) كما إذا كانت الوديعة دابة فنهاه عن الدفع إلى غلامه ، وكما إذا كانت شيئا يحفظ في يد النساء فنهاه عن الدفع إلى امرأته وهو محمل الأول لأنه لا يمكن إقامة العمل مع مراعاة هذا الشرط وإن كان مفيدا فيلغو (وإن كان له منه بد يضمن) لأن الشرط مفيد لأن من القيام لا يؤمن على المال وقد أمكن العمل به مع مراعاة هذا الشرط فاجتزأ (وإن قال احتفظها في هذا البيت فحفظها في بيت آخر من الدار لم يضمن) لأن الشرط غير مفيد فإن البيتين في دار واحدة لا يضاوتان في الحرز (وإن حفظها في دار أخرى ضمن) لأن الدارين يضاوتان في الحرز فكان مفيدا فيصح التضييد ، ولو كان التفاوت بين البيتين ظاهرا بأن كانت الدار التي فيها البيتان عظيمة والبيت الذي نهاه عن الحفظ فيه عورة ظاهرة صح الشرط .

قال (ومن أودع رجلا وديعة فأودعها آخر فهلكت فله أن يضمن الأول وليس له أن يضمن الآخر ، وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله . وقالوا : له أن يضمن أيهما شاء ، فإن ضمن الأول لا يرجع على الآخر ، وإن ضمن الآخر رجع على الأول) لما أنه قبض المال من يد ضمنين فيضمنه كمودع الغاصب ، وهذا لأن المالك لم يرض بأمانة غيره فيكون الأول مصدرا بالتسليم والثاني بالقبض فيخير بينهما غير أنه إن ضمن الأول لم يرجع على الثاني لأنه حمله بالضمان فظهر أنه أودع ملك نفسه ، وإن ضمن الثاني رجع على الأول لأنه حامل له فيرجع عليه بما لحقه من الهبة . وله أنه قبض المال من يد أمين لأنه بالدفع لا يضمن

حالم يفارقه لحضور رأيه فلا تعدى منهما ، فإذا غاب عنه فقد ترك الحفظ المترم فيضته بذلك . وأما الثاني فستمر على الحالة الأولى ولم يوجد منه صنع فلا يضمه كالريخ إذا ألقت في حجره ثوب غيره .

قال (ومن كان في يده ألف فادعاهما رجلان كل واحد منهما أنها له أودعها إياه وأبى أن يحلف لهما فالألف بينهما وعليه ألف أخرى بينهما) وشرح ذلك أن دعوى كل واحد صحيحة لاحتمالها الصديق فيستحق الحلف على المنكر بالحدث ويحلف لكل واحد منهما على الانفراد لتفاير الحقيقتين ، وبأيهما بدأ القاضي جاز لتعدد الجمع بينهما وعدم الأولوية ، ولو تشاحا أقرع بينهما تطليبا لقلبيهما ونفيا لثمة الميل ، ثم إن حلف لأحدهما يحلف للثاني ، وإن حلف فلا شيء لهما لعدم الحجة ، وإن نكل أحق للثاني فيقضى له لوجود الحجة ، وإن نكل للأول يحلف للثاني ، ولا يقضى بالنكول بخلاف ما إذا أقر لأحدهما ، لأن الإقرار حجة موجبة بنفسه فيقضى به .

أما النكول إما يصير حجة عند القضاء فيجاز أن يؤخره ليحلف للثاني فينكشف وجه القضاء ، ولو نكل للثاني أيضا يقضى بها بينهما نصفين على ما ذكر في الكتاب لاستوائهما في الحجة ، كما إذا أقاما البينة وبغرم ألفا أخرى بينهما لأنه أوجب الحق لكل واحد منهما ببذله أو باقراره وذلك حجة في حقه ، وبالصرف إليهما صار قاضيا نصف حق كل واحد منهما بنصف الآخر فيغرمه ، ولو قضى القاضي للأول حين نكل ذكر الإمام على البردوى رحمه الله في شرح الجامع الصغير أنه يحلف للثاني ، فإذا نكل يقضى بها بينهما لأن القضاء للأول لا يبطل حق الثاني لأنه يقدمه إما بنفسه أو بالقرعة وكل ذلك لا يبطل حق الثاني : وذكر الخصاف رحمه الله أنه يتفاد قضاؤه للأول ووضع المسئلة في العبد ، وإنما نفذ لمصادفته محل الاجتهاد ، لأن من العلاء من قال يقضى للأول ولا ينتظر لكونه إقرارا دلالة ، ثم لا يحلف للثاني ما هذا العبد لأن نكوله لا يفيد بعد ما صار للأول ، وهل يحلفه بالله ما لهذا عليك هذا العبد ولا قيمته وهو كذا وكذا ولا أقل منه . قال ينبغي أن يحلفه عند محمد رحمه الله ، خلانا لأن يوسف رحمه الله ، بناء على أن المودع إذا أقر بالوديعة ودفع بالقضاء إلى غيره يضمه عند محمد رحمه الله خلانا له وهذه فريضة تلك المسئلة وقد وقع فيه بعض الإطناب ، والله أعلم بالصواب .

كتب العارية

قال (العارية جائزة) لأنها نوع إحسان ، وقد استعار النبي عليه الصلاة والسلام دروها من صفوان (وهي تمليك المنافع بغير عوض) وكان الكرخي رحمه الله يقول : هي إباحة الانتفاع بملك الغير لأنها تنعقد بلفظة الإباحة ، ولا يشترط فيها ضرب المدة ومع الجهالة لا يصح التمليك ولذلك يعمل فيها النبي ؛ ولا يملك الإجارة من غيره ، ونحزم نقول : إنه ينبي عن التمليك ، فإن العارية من البرية وهي العطية ، ولهذا تنعقد بلفظة التمليك والمنافع قابلة للملك كالأعيان .

والتمليك نوعان : يعوض وبغير عوض ؛ ثم الأعيان تقبل النوعين فكذا المنافع والجامع بينهما دفع الحاجة ، ولفظة الإباحة استعبرت للتمليك كما في الإجارة فإنها تنعقد بلفظة الإباحة وهي تمليك ، والجهالة لانقضى إلى المنازعة لعدم القزوم فلا تكون ضائرة ولأن الملك إنما يثبت بالقبض وهو الانتفاع وعند ذلك لاجهالة ، والنهي منع عن التحصيل فلا يتحصل المنافع على مملكه ولا يملك الإجارة لدفع زيادة الضرر على ما نذكره إن شاء الله تعالى .

قال (وتصح بقوله أهرتلك) لأنه صريح فيه (وأطعمتك هذه الأرض) لأنه مستعمل فيه (ومنحك هذا الثوب وحملك على هذه الدابة إذا لم يرد به الهبة) لأنهما تمليك العين وعند عدم إرادته الهبة تحمل على تمليك المنافع تجزأ .

قال (وأخذمك هذا العبد) لأنه أذن له في استخدامه (ودارى لك سكنى) لأن معناه سكنها لك (ودارى لك عرى سكنى) لأنه جعل سكنها له مدة عمره ، وجعل قوله سكنى تفسيراً لقوله لك لأنه يحتمل تمليك المنافع فحمل عليه بدلالة آخره ؛

قال (وللمعبر أن يرجع في العارية متى شاء) لقوله عليه الصلاة والسلام «المنحة مردودة» ، والعارية مؤداة ، ولأن المنافع تملك شيئاً فشيئاً على حسب حدوثها فالتمليك فيما لم يوجد لم يتصل به القبض فيصح الرجوع عنه .

قال (والعارية أمانة إن هلكت من غير تعد لم يضمن) وقال الشافعي رحمه الله : يضمن لأنه قبض مال غيره لنفسه لاعتق استحقات قبضه والإذن ثبت ضرورة الانتفاع

فلا يظهر فيما وراءه ولهذا كان واجب الرد ، وصار كالمقبوض على سوم الشراء . ولنا أن اللفظ لا ينبي عن التزام الضمان لأنه لتمليك المتافع بغير عوض أو لإباحته والقبض لم يقع تعديا لكونه مأذونا فيه ، والإذن وإن ثبت لأجل الانتفاع فهو مابقضه إلا للانتفاع فلم يقع تعديا ، وإنما وجب الرد مؤنة كثافة المستعار فلما على المستعير لا لنقص القبض ، والمقبوض على سوم الشراء مضمون بالعقد لأن الأخذ في العقد له حكم العقد على ما عرف في موضعه .

قال (وليس للمستعير أن يؤاجر ما استعاره ، فإن آجره فمضب ضمن) لأن الإعارة دون الإجارة والشيء لا ينضم ما هو فوقه ، ولأننا لو صحناه لا يصح إلا لازما لأنه حينئذ يكون بتسليط من المعير ، وفي وقوعه لازما زيادة ضرر بالمعير لسد باب الاسترداد إلى انقضاء مدة الإجارة فأبطلناه ، فإن آجره ضمنه حين سلمه لأنه إذا لم تتناوله العارية كان غصبا ، وإن شاء المعير ضمن المستأجر لأنه قبضه بغير إذن المالك لنفسه ، ثم إن ضمن المستعير لا يرجع على المستأجر لأنه ظهر أنه آجر ملك نفسه ، وإن ضمن المستأجر يرجع على المؤاجر إذا لم يعلم أنه كان عارية في يده دفعا لضرر الغرور بخلاف ما إذا علم .

قال (وله أن يعيره إذا كان مما لا يختلف باختلاف المستعمل) وقال الشافعي رحمه الله : ليس له أن يعيره ، لأنه بإباحة المتافع على ما بينا من قبل والمباح له لا يملك الإباحة وهذا لأن المتافع غير قابلة للملك لكونها معدومة ، وإنما جعلناها موجودة في الإجارة للضرورة ، وقد اندفعت بالإباحة ههنا ، ونحن نقول : هو تمليك المتافع على ما ذكرنا فيملك الإعارة كالموصى له بالخدمة ، والمتافع اعتبرت قابلة للملك في الإجارة فتجمل كذلك في الإعارة دفعا للمحاجة ، وإنما لا يجوز فيها يختلف باختلاف المستعمل دفعا لمزيد الضرر من المعير لأنه رضى باستعماله لا باستعمال غيره .

قال رضي الله عنه : وهذا إذا صدرت الإعارة مطلقة ، وهي على أربعة أوجه :
أحدها : أن تكون مطلقة في الوقت والانتفاع ، والمستعير فيه أن ينتفع به أي نوع شاء في أي وقت شاء عملا بالإطلاق .

والثاني : أن تكون مقيدة فيها ، وليس له أن يجاوز فيه ما سماه عملا بالتقييد إلا إذا كان خلافا إلى مثل ذلك أو إلى غير منه ، والحنطة مثل الحنطة ، والشعير خير من الحنطة إذا كان كحلا .

والثالث : أن تكون مقيدة في حق الوقت مطلقة في حق الانتفاع .

والرابع : عكسه ، وليس له أن يتصل بماسماه ، فلو استعار دابة ولم يسم شيئا له أن يحمل ويعبر غيره للحمل لأن الحمل لا يتفاوت ، وله أن يركب ويركب غيره وإن كان الركوب مخطئا ، لأنه لما أطلق فيه فله أن يمين حتى لو ركب بنفسه ليس له أن يركب غيره لأنه تعين ركوبه ، ولو أركب غيره ليس له أن يركبه حتى لو فله ضمن لأنه تعين الإركاب ، قال : (وعارية الفروم والدنانير والمكيل والموزون والمعلود قرض) لأن الإعارة تمليك المنافع ولا يمكن الانتفاع بها إلا باستهلاك عينها فالتقضى تمليك العين ضرورة ، وفلك بالهبة أو القرض والقرض أدناها فيثبت ، أو لأن من قضية الإعارة الانتفاع ورد للعين فأقيم رد المثل مقامه ، قالوا هلا إذا أطلق الإعارة ، وأما إذا عين الجهة بأن استعار فروم ليعابر بها ميزانا أو يزين بها دكانا لم تكن قرضا ، ولا يكون له إلا المنفعة المسماة خصارا كما إذا استعار آنية يتجمل بها أو سيفا يحلى بقلده .

قال (وإذا استعار أرضا لينى فيها أو ليغرس فيها جاز ، وللمعبر أن يرجع فيها ويكلفه قطع البناء والغرس) أما الرجوع فلما بينا ، وأما الجواز فلأنها منفعة معلومة تملك بالإجارة فشكلنا بالإعارة . وإذا صح الرجوع بنى المستعير شائلا أرض المعبر فيكلف تغريبها ، ثم إن لم يكن وقت العارية فلا ضمان عليه لأن المستعير مغتر غير مغرور حيث اعتمد إطلاق العقد من غير أن يسبق منه الوعد وإن كان وقت العارية ورجع قبل الوقت صح رجوعه لما ذكرناه ولكنه يكره لما فيه من خلف الوعد (وضمن المعبر ما نقص البناء والغرس بالقطع) لأنه مغرور من جهته حيث وقت له والظاهر هو الوفاء بالمعهد ويرجع عليه دفعا للضرر عن نفسه كذا ذكره القدوري رحمه الله في المختصر . وذكر الحاكم الشهيد رحمه الله أنه يضمن رب الأرض للمستعير قيمة غرسه وبنائه ويكونان له إلا أن يشاء المستعير أن يرفعهما ولا يضمنه قيمتهما فيكون له ذلك لأنه ملكه ، قالوا إذا كان في القطع ضرر بالأرض فالتخييار إلى رب الأرض لأنه صاحب أصل والمستعير صاحب تبع والترجييع بالأصل (ولو استعارها ليزرعها لم تؤخذ منه حتى يحصد الزرع وقت أو لم يوقت) لأن له نهاية معلومة وفي الترك بالأجر مراعاة الحقين ، بخلاف الغرس لأنه ليس له نهاية معلومة فيقطع دفعا للضرر عن المالك .

قال (وأجرة رد العارية على المستعير) لأن الرد واجب عليه لما أنه قبضه لمنفعة نفسه

والأجرة مؤنة الرد فتكون عليه (وأجرة رد العين المتأجرة على المؤجر) لأن الواجب على المستأجر التحكيم ، والتخلى دون الرد فإن منعه قبضه سائلة للمؤجر معنى فلا يكون عليه مؤنة رده (وأجرة رد العين المنصوبة على الغاصب) لأن الواجب عليه الرد والإعادة إلى يد المالك دفعا للضرر عنه فتكون مؤنة عليه .

قال (وإذا استعار دابة فردها إلى إصطبل مالكها فهلكت لم يضمن) وهذا استحسان ، وفى القياس يضمن لأنه ماردتها إلى مالكها بل ضيعها . وجه الاستحسان أنه أتى بالتسليم المتعارف ، لأن رد العارى إلى دار المسالك معتاد كآلة البيت تعار ثم رد إلى الدار ، ولوردتها إلى المالك فالمالك يردّها إلى المربط فصح رده (وإن استعار عبدا فردّه إلى دار المالك ولم يسلمه إليه لم يضمن) لما بينا (ولو رد المنصوب أو الوديعة إلى دار المالك ولم يسلمه إليه ضمن) لأن الواجب على الغاصب فسخ فعله ، وذلك بالرد إلى المالك دون غيره ، والوديعة لا يرضى المالك بردّها إلى الدار ، ولا إلى يد من فى العيال لأنه لو ارتفعاه لما أودعها إياه بخلاف العارى لأن فيها عرفا حتى لو كانت العارية عقد جوهر لم يردّها إلا إلى المعبر لعدم ، اذكرناه من العرف فيه .

قال (ومن استعار دابة فردها مع عبده أو أجيره لم يضمن) والمراد بالأجير أن يكون مسانعة أو مشاورة لأنها أمانة فله أن يحفظها بيد من فى عياله كما فى الوديعة بخلاف الأجير مياومة لأنه ليس فى عياله (وكلذا إذا ردّها مع عبد رب الدابة أو أجيره) لأن المالك يرضى به ، ألا ترى أنه لو رده إليه فهو يردّه إلى عبده ، وقيل هذا فى العبد الذى يقوم على الدواب ، وقيل فيه وفى غيره وهو الأصح لأنه إن كان لا يدفع إليه دائما يدفع إليه أحيانا (وإن ردّها مع أجنبى ضمن) ودلت المسئلة على أن المستعير لا يملك الإيداع فعدا كما قاله بعض المشايخ رحمهم الله . وقال بعضهم : يملكه لأنه دون الإحارة ، وأولوا هذه المسئلة بانتها الإحارة لا تقضاء المدة .

قال (ومن أعار أرضا يبيضاء للزراعة يكتب أنك أطعمتني عند أبي حنيفة رحمه الله . وقالوا : يكتب أنك أعرتني) لأن لفظة الإعارة موضوعة له ، والكتابة بالموضوع له أولى كما فى إعارة الدار . وله أن لفظة الإطعام أدل على المراد لأنها تختص بالزراعة والإعارة تنتظمها وغيرها كالبناء ونحوه فكانت الكتابة بها أولى بخلاف الدار لأنها لا تنظر إلا للسكنى ، والله أعلم بالصواب .

كتاب الهبة

الهبة عقد مشروع لقوله عليه الصلاة والسلام « نهادوا تحابوا » وعلى ذلك انعقد الإجماع (ونصح بالإيجاب والقبول والقبض) أما الإيجاب والقبول فلائنه عقد والعقد يتعقد بالإيجاب والقبول والقبض لا بد منه لثبوت الملك . وقال مالك رحمه الله : يثبت الملك فيه قبل القبض اعتبارا بالبيع وعلى هذا اختلاف الصدقة . ولنا قوله عليه الصلاة والسلام « لا تجوز الهبة إلا مقبوضة » والمراد نفي الملك لأن الجواز بدونه ثابت ، ولأنه عقد تبرع وفى إثبات الملك قبل القبض إلزام المتبرع شيئا لم يتبرع به وهو التسليم فلا يصح ، بخلاف الوصية لأن أوان ثبوت الملك فيها بعد الموت ولا إلزام على المتبرع لعدم أهلية الزوم وحق الوارث متأخر عن الوصية فلم يملكها .

قال (فإن قبضها الموهوب له فى المجلس بغير أمر الواهب جاز) استحسانا (وإن قبض بعد الافتراق لم يجوز إلا أن يأذن له الواهب فى القبض) والقياس أن لا يجوز فى الوجهين وهو قول الشافعى رحمه الله ، لأن القبض تصرف فى ملك الواهب إذ ملكه قبل القبض باقى فلا يصح بدون إذنه . ولنا أن القبض بمنزلة القبول فى الهبة من حيث إنه يتوقف عليه ثبوت حكمه وهو الملك والمقصود منه إثبات الملك فيكون الإيجاب منه تسليطا له على القبض ، بخلاف ما إذا قبض بعد الافتراق ، لأننا أثبتنا التسليط فيه إلحاقا له بالقبول والقبول يتقيد بالمجلس فكذلك ما يلحق به بخلاف ما إذا نهاه عن القبض فى المجلس لأن الدلالة لا تعمل فى مقابلة الصريح .

قال (وتنعقد الهبة بقوله وهبت ونحلت وأعطيت) لأن الأول صريح فيه والثانى مستعمل فيه . قال عليه الصلاة والسلام « أكل أولادك نحل مثل هذا » وكذلك الثالث ، يقال أعطاك الله وهبك الله بمعنى واحد (وكذا تنعقد بقوله أطعمتك هذا الطعام وجعلت هذا الثوب لك وأعمرتك هذا الشيء وجعلتك على هذه الدابة إذا نوى بالحمل الهبة) أما الأول فلائنه الإطعام إذا أضيف إلى ما يطعم عينه يراد به تمليك العين ، بخلاف ما إذا قال أطعمتك هذه الأرض حيث تكون عارية لأن عينها لا تطعم فيكون المراد أكل غلتها ، وأما الثانى فلائنه حرف اللام للتمليك ، وأما الثالث فللقوله عليه الصلاة والسلام « فمن أهرى همرى للهى للمصر له ولورثته من بعده » وكذا إذا قال جعلت هذه الدار لك عمرى فلانها

وأما الرابع فلأن الحمل هو الإركاب حقيقة فيكون عارية لكنه يحتمل الهبة يقال حمل الأمير فلانا على فرس ويراد به التخليك فيحمل عليه عند نيته .

(ولو قال كسوتك هذا التوب يكون هبة) لأنه يراد به التخليك قال الله تعالى - أو كسوتهم - ويقال كسا الأمير فلانا ثوبا: أى ملكه منه (ولو قال منحتك هذه الجارية كانت عارية) لما روينا من قبل (ولو قال دارى لك هبة سكنى أو سكنى هبة فهى عارية) لأن العارية محكة فى تخليك المنفعة والهبة تحتلها وتحتل تخليك العين فيحمل المحتمل على الحكم (وكذا إذا قال عرى سكنى أو غلى سكنى أو سكنى صدقة أو صدقة عارية أو عارية هبة) لما قدمناه (ولو قال هبة تسكها فهى هبة) لأن قوله تسكها مشورة وليس بتصير له وهو تنبيه على المقصود بخلاف قوله هبة سكنى لأنه تفسير له .

قال (ولا تجوز الهبة فيما يقسم إلا محوزة مقسومة وهبة المشاع فيما لا يقسم جائزة) وقال الشافعى رحمه الله: تجوز فى الوجهين لأنه عقد تخليك فيصح فى المشاع وغيره كالبيع بأناؤه وهذا لأن المشاع قابل لحكمه وهو الملك فيكون محلا له وكونه تبرعا لا يبطله الشيع كالقرض والوصية . ولنا أن القبض منصوص عليه فى الهبة فيشترط كماله والمشاع لا يقبله إلا بضم غيره إليه وذلك غير موهوب ولأن فى تجويزه إلزامه شيئا لم يلتزمه ، وهو مؤنة القسمة ، ولهذا امتنع جوازها قبل القبض ، لئلا يلزمه التسليم بخلاف ما لا يقسم ، لأن القبض القاصر هو الممكن فيكتفى به ، ولأنه لا يلتزمه مؤنة القسمة والمهاياة تلزمه فيما لم يتبرع به وهو المنفعة والهبة لاقت العين والوصية ليس من شرطها القبض وكذا البيع الصحيح ، وأما البيع الفاسد والفساد والصرف والسلم فالقبض فيها غير منصوص عليه ، ولأنها عقود ضمان فتناصب لزوم مؤنة القسمة والقرض تبرع من وجه وعقد ضمان من وجه فشرطنا القبض بالقاصر فيه دون القسمة عملا بالشبهين على أن القبض غير منصوص عليه فيه (ولو وهب من شريكه لا يجوز) لأن الحكم يدار على نفس الشيع .

قال (ومن وهب شقصا مشاعا فالهبة فاسدة) لما ذكرنا (فإن قسمه وسلمه . جاز) لأن تمامه بالقبض وعنده لا شيع .

قال (ولو وهب دقيقا فى حنطة أو دهنا فى صمس فالهبة فاسدة، فإن طحن وسلم لم يجز) وكذا السنن فى اللبن لأن الموهوب معدوم ولهذا لو استخرجه الغاصب يملكه والمعدوم ليس بمحل للملك فوقع العقد باطلا فلا يتخذ إلا بالتحديد بخلاف ما تقدم لأن المشاع على

التعليك وهبة الابن في الضرع ، والصوف على ظهر الغنم ، والزرع والنخل في الأرض ،
والتمر في النخل بمنزلة المشاع ، لأن امتناع الجواز للاتصال وذلك يمنع القبض كالمشاع .
قال (وإذا كانت العين في يد الموهوب له ملكها بالهبة وإن لم يجدد فيها قبضا) لأن
العين في قبضه والقبض هو الشرط ، بخلاف ما إذا باعه منه لأن القبض في البيع مضمون فلا
ينوب عنه قبض الأمانة ، أما قبض الهبة فغير مضمون فينوب عنه .

قال (وإذا وهب الأب لابنه الصغير هبة ملكها الابن بالمقد) لأنه في قبض الأب
فينوب عن قبض الهبة ، ولا فرق بين ما إذا كان في يده أو في يد مودعه لأن بدء كيده بخلاف
ما إذا كان مروهوتا أو مقصوبا أو مبيعا بيما فاسدا لأنه في يد غيره أو في ملك غيره والصدقة
في هذا مثل الهبة وكذا إذا وهبت له أمه وهو في عيالها والأب ميت ولا وصي له وكذلك
كل من يحوله (وإن وهب له أجنبي هبة تمت قبض الأب) لأنه يملك عليه الدائر بين النافع
والضار فأولى أن يملك النافع (وإن وهب لليتم هبة تقبضها له وليه وهو وصي الأب أو وجد
اليتم أو وصيه جاز) لأن هؤلاء ولاية عليه لقيامهم مقام الأب (وإن كان في حجر أمه
تقبضها له جاز) لأن لها الولاية فيها يرجع إلى حفظه وحفظ ماله وهذا من بابها لأنه لا يبقى
إلا بالمال فلا بد من ولاية التحصيل النافع (وكذا إذا كان في حجر أجنبي يريه) لأن له
عليه يدا معتبرة . ألا ترى أنه لا يتمكن أجنبي آخر أن ينزعه من يده فيملك ما يتحصن نفعا
في حقه (وإن قبض الصبي الهبة بنفسه جاز) معناه إذا كان عاقلا لأنه نافع في حقه وهو من
أهله ، ولما وهب للصغيرة يجوز قبض زوجها لما بعد الزفاف لتفويض الأب أمورها إليه
دلالة ، بخلاف ما قبل الزفاف وملكه مع حضرة الأب بخلاف الأم وكل من يعولها غيرها
حيث لا يملكونه إلا بعد موت الأب أو غيبته غيبة منقطعة في الصحيح لأن تصرف هؤلاء
للضرورة لا بتفويض الأب ومع حضوره لضرورة ،

قال (وإذا وهب اثنان من واحد دارا جاز) لأنها سلماها جملة وهو قد قبضها جملة
فلا شيوخ (وإن وهبها واحد من اثنين لا يجوز عند أبي حنيفة رحمه الله . وقال : يصح)
لأن هذه جملة الجملتين إذ التعليك واحد فلا يتحقق للشيوخ كما إذا رهن من رجلين دارا .
وله أن هذه هبة النصف من كل واحد منهما ، ولها لو كانت الهبة فيها لا يقسم فقبل أحدهما
صح ، ولأن الملك يثبت لكن واحد منهما في النصف فيكون التعليك كذلك لأنه حكمه ،
وحل لها الاعتبار بتحقيق الشيوخ بخلاف الرهن لأن حكمه الحبس ، ويثبت لكل واحد

منهما كلا إذ لاتضاف فيه فلا شيوخ ، ولهذا لو قضى دين أحدهما لا يسترد شيئا من الرهن .

(وفي الجامع الصغير إذا تصدق على عفاجين بعشرة دراهم أو وهبها لهما جاز ، ولو تصدق بها على غنيين أو وهبها لهما لم يجز ، وقالوا يجوز للغنيين أيضا) جعل كل واحد منهما مجازا عن الآخر ، والصلاحية ثابتة لأن كل واحد منهما تملك بغير بدل ، وفرق بين الهبة والصدقة في الحكم ، وفي الأصل سوى بينهما فقال وكذلك الصدقة لأن الشيوخ مانع في الفصلين لتوقفهما على القبض ، ووجه الفرق على هذه الرواية أن الصدقة يراد بها وجه الله تعالى ، وهو واحد والهبة يراد بها وجه الغني وهما اثنان ، وقيل هذا هو الصحيح ، والمراد بالمذكور في الأصل الصدقة على غنيين ، ولو وهب لرجلين دارا لأحدهما ثلثاها وللآخر ثلثها لم يجز عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله ، وقال محمد رحمه الله : يجوز ولو قال لأحدهما نصفها وللآخر نصفها عن أبي يوسف رحمه الله فيه روايتان ، فأبو حنيفة رحمه الله مرّ على أصله ، وكلنا محمد رحمه الله ، والفرق لأن يوسف رحمه الله أن بالتخصيص على الأبعاض يظهر أن قصده ثبوت الملك في البعض فيتحقق الشيوخ ، ولهذا لا يجوز إذا رهن من رجلين ونص على الأبعاض .

باب الرجوع في الهبة

قال (وإذا وهب هبة لأجنبي فله الرجوع فيها) وقال الشافعي رحمه الله : لا يرجع فيها لقوله عليه الصلاة والسلام « لا يرجع الواهب في هبته إلا الوالد فيها يهب لولده » ، ولأن الرجوع بضاد التملك والعقد لا يقتضي ما يضافه بخلاف هبة الوالد لولده على أصله . لأنه لم يمت التملك لكونه جزءا له . ولنا قوله عليه الصلاة والسلام الواهب أحق بيهب ما لم يهب منها أي ما لم يبرأ من ولأن المقصود بالعقد هو التعويض للعادة ، فثبت له ولاية الفسخ عند فواته إذ العقد بقبوله ، والمراد بما روى نفي استبعاد الرجوع وإثباته للوالد ، لأنه يتملكه للحاجة وذلك يسمى رجوعا ، وقوله في الكتاب فله الرجوع لبيان الحكم . أما الكراهة فلازمة لقوله عليه الصلاة والسلام « العائد في هبته كأنه عائد في قبته » ، وهذا لاستقباحه ، ثم الرجوع موانع ذكر بعضها ، فقال (إلا أن يرضه عنها) لحصول المقصود (أو يزيد زيادة مصلحة) لأنه لا وجه إلى الرجوع فيها دون الزيادة لعدم الإمكان ولا مع الزيادة لعدم دخولها تحت العقد .

قال (لو يموت أحد المتعاقدين) لأن يموت الموهوب له ينقل الملك إلى الورثة فصار كما إذا انتقل في حال حياته ، وإذا مات الواهب فوارثه أجنبي عن العقد إذ هو ماأوجبه .

قال (أو تخرج الهبة عن ملك الموهوب له) لأنه حصل بتسليطه فلا يتقضه ، ولأنه يحدد الملك بتجدد سبه .

قال (فإن وهب لآخر أرضا بيضاء فأثبت في ناحية منها نخلا أو بئنا أو دكانا أو آريا وكان ذلك زيادة فيها فليس له أن يرجع في شيء منها) لأن هذه الزيادة متصلة ، وقوله وكان ذلك زيادة فيها إشارة إلى أن الدكان قد يكون صغيرا حقيرا لا يعدّ زيادة أصلا وقد تكون الأرض عظيمة بعد ذلك زيادة في قطعة منها فلا يمنع الرجوع في غيرها .

قال (فإن باع نصفها غير مقسوم رجع في الباقي) لأن الامتناع بقدر المانع (وإن لم يبع شيئا منها له أن يرجع في نصفها) لأن له أن يرجع في كلها فكذا في نصفها بالطريق الأولى .

قال (وإن وهب هبة لذي رحم محرم منه فلا رجوع فيها) لقوله عليه الصلاة والسلام ه إذا كانت الهبة لذي رحم محرم منه لم يرجع فيها ، ولأن المقصود فيها صلة الرحم وقد حصل (وكذلك ما وهب أحد الزوجين للآخر) لأن المقصود فيها الصلة كما في القرابة ، وإنما ينظر إلى هذا المقصود وقت العقد حتى لو تزوجها بعد ما وهب لها فله الرجوع فيها ولو أبانها بعد ما وهب فلا رجوع .

قال (وإذا قال الموهوب له الواهب خذ هذا عوضا عن هبتك أو بدلا عنها أو في مقابلتها فقبضه الواهب سقط الرجوع) لحصول المقصود ، وهذه العبارات تؤدى معنى واحدا (وإن عرّضه أجنبي عن الموهوب له متبرعا فقبض الواهب الموضع بطل الرجوع) لأن الموضع لإسقاط الحق فيصح من الأجنبي كبذل الخلط والصالح .

قال (وإذا استحق نصف الهبة رجع بنصف الموضع) لأنه لم يسلم له ما يقابل نصفه (وإن استحق نصف الموضع لم يرجع في الهبة إلا أن يرد ما بقي ثم يرجع) وقال زفر رحمه الله : يرجع بالنصف اعتبارا بالموضع الآخر . ولنا أنه يصلح عوضا للكل من الابتداء ، وبلاستحقاق ظهر أنه لا عوض إلا هو إلا أنه يتخير لأنه ما أسقط حقه في الرجوع إلا ليسلم له كل الموضع ولم يسلم له فله أن يرده .

قال (وإن وهب دارا فمؤنه من نصفها رجع الواهب في النصف الذي لم يعرض)
لأن المانع خصص النصف .

قال (ولا يصح الرجوع إلا بتراضيهما أو بحكم الحاكم) لأنه يختلف بين العلاء
وفي أصله وهاء وفي حصول المقصود وعدمه خفاء فلا بد من الفصل بالرضا أو بالقضاء
حتى لو كانت الهبة عبدا فأعتقه قبل القضاء نفذ ، ولو منعه فهلك لم يضمن لقيام ملكه
فيه . وكلنا إذا هلك في يده بعد القضاء لأن أول القبض غير مضمون ، وهذا دوام عليه
إلا أن يمنعه بعد طلبه لأنه تعدى ، وإذا رجع بالقضاء أو بالتراضي يكون فسخا عن
الأصل حتى لا يشترط قبض الواهب ، ويصح في الشائع لأن العقد وقع جائزا موجبا حتى
الفسخ من الأصل فكان بالفسخ مسوفا حقا ثابتا له فيظهر على الإطلاق ، بخلاف الرد
بالمعيب بعد القبض لأن الحق هناك في وصف السلامة لا في الفسخ فافترقا .

قال (وإذا تلفت العين الموهوبة واستحقها مستحق وضمن الموهوب له لم يرجع على
الواهب بشيء) لأنه عقد تبرع فلا يستحق فيه السلامة وهو غير حامل له ، والغرور في
ضمن عقد المعاوضة سبب للرجوع لا في ضمن غيره .

قال (وإذا وهب بشرط العوض اعتبر التقاض في المجلس في العوضين وبطل
بالشروع) لأنه هبة ابتداء (فإن تقاضيا صح العقد وصار في حكم البيع يرد بالمعيب ؛
وخيار الرؤية وتستحق فيه الشفعة) لأنه بيع انتهاء ، وقال زفر والشافعي رحمهما الله :
هو بيع ابتداء وانتهاء لأن فيه معنى البيع وهو التخليك بعوض والمبرة في العقود للمعاني ،
ولهذا كان بيع العبد من نفسه إعتاقا . ولنا أنه اشتمل على جهتين فيجمع بينهما ما أمكن
عملا بالشبهين وقد أمكن لأن الهبة من حكمها تأخر الملك إلى القبض ، وقد يراضى على
البيع القاسد والبيع من حكمه الزوم وقد تنقلب الهبة لازمة بالتعويض لجمعنا بينهما
بخلاف بيع نفس الجبل من نفسه لأنه لا يمكن اعتبار البيع فيه إذ هو لا يصلح مالكا لنفسه :

فصل

قال (ومن وهب بجارية إلا حلها صحت الهبة وبطل الاستثناء) لأن الاستثناء
لا يعمل إلا في محل يعمل فيه العقد ، والهبة لا تنصل في الحمل لكونه وهبا
على ما بيناه في البيوع فانقلب شرطا قلدا ، والهبة لا تبطل بالشروط القاسدة ، وهذا هو

ملك في النكاح والخلع والصلح عن دم العمد لأنها لا تبطل بالشروط الفاسدة بخلاف البيع والإجارة وتضمن لأنها تبطل بها (ولو أعتق ما في بطنها ثم وهبها جاز) لأنه لم يبق الجنين حل ملكه فأشبه الاستثناء (ولو دبر ما في بطنها ثم وهبها لم يجز) لأن الحمل بقي على ملكه فلم يكن شبيه الاستثناء ، ولا يمكن تنفيذ الهبة فيه لمكان التدبير فبقي هبة المشاع أو هبة شيء هو مشغول بملك المالك .

قال (فإن وهبها له حل أن يرد لها عليه أو حل أن يمتنعها أو أن يدخلها أم ولد أو وهب له داراً أو تصدق عليه بدار حل أن يرد عليه شيئاً منها أو يعوضه شيئاً منها فالحبة جائزة والشرط باطل) لأن هذه الشروط تخالف مقتضى العقد فكانت فاسدة والهبة لا تبطل بها ، ألا ترى أن النسي على الصلاة والسلام أجاز المسمى وأبطل شرط المسمى ، بخلاف البيع لأنه عليه الصلاة والسلام نهى عن بيع وشرط ولأن الشرط الفاسد في معنى الربا ، وهو يحصل في المعاوضات دون التبرعات . قاله (ومن كان له على آخر ألف درهم فقال إذا جاء غد فبئى لك أو أنت برىء منها أو قال إذا أدبت لى نصف فلك النصف أو أنت برىء من النصف الباقى فهو باطل) لأن الإبراء تمليك من وجه إسقاط من وجه ، وهبة الدين ممن عليه إبراء ، وهذا لأن الدين مال من وجه ، ومن هذا الوجه كان تمليكاً ، ووصف من وجه ومن هذا الوجه كان إسقاطاً ، ولهذا قلنا إنه يرد بالرد ولا يتوقف على القبول والتعليق بالشروط يختص بالإسقاطات المحضة التي يحلف بها كالطلاق والعناق فلا يعتد بها .

قال (والعمرى جائزة للمعمر له حال حياته ولورثته من بعده) لما روينا ، ومعناه أن يجعل داره له مدة عمره ، وإذا مات ترد عليه فيصح التملك ويبطل الشرط لما روينا ، وقد بينا أن الهبة لا تبطل بالشروط الفاسدة (والرقبى باطلة عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله . وقال أبو يوسف رحمه الله : جائزة) لأن قوله ادأرى لك تمليك ، وقوله رقبى شرط فابعد كالعمرى . ولهما أنه عليه الصلاة والسلام أجاز العمرى وورد الرقبى ، ولأن معنى الرقبى عدهما إنمت قبله فهو لك ، واللفظ من المراقبة كأنه يراقب موته ، وهذا تعليق التمليك بالخطر فباطل ، وإذا لم تصبح تكون عارية عندهما لأنه يتضمن إطلاق الانتفاع به .

فصل في الصدقة

قال (والصدقة كالمهبة لا تصح إلا بالقبض) لأنه تبرع كالمهبة (فلا يجوز في مشاع يحتمل القسمة) لما بينا في الهبة (ولا رجوع في الصدقة) لأن المقصود هو الثواب وقد حصل وكذلك إذا تصدق على غنى استحسانا لأنه قد يقصد بالصدقة على الغنى الثواب ، وكذا إذا وهب لفقير لأن المقصود هو الثواب وقد حصل .

قال (ومن نذر أن يتصدق بماله يتصدق بنفسه ما يجب فيه الزكاة . ومن نذر أن يتصدق بملكه لزمه أن يتصدق بالجميع) وروى أنه والأول صواب وقد ذكرنا الفرق ، ووجه الروايتين في مسائل القضاء (ويقال له أسلك ما تنفق على نفسك ومالك إلى أن تكتسب مالا فإذا اكتسبت منه : في بمثل ما تنفق) وقد ذكرناه من قبل .

كتاب الإجازات

(الإجازة عقد على المنافع بعوض) لأن الإجازة في اللغة بيع المنافع ، والقياس بأبي جوازها لأن المقود عليه المنفعة وهي معدومة ، وإضافة التملك إلى ما سيوجد لا يصح إلا أنها جوازناه لحاجة الناس إليه وقد شهدت بصحتها الآثار ، وهو قوله عليه الصلاة والسلام : « أعطوا الأجير أجره قبل أن يجف عرقه » وقوله عليه الصلاة والسلام من استأجر أجرا فليعلمه أجره ، وتنفذ ساعة فساعة على حسب حدوث المنفعة ، والدار أقيمت مقام المنفعة في حق إضافة العقد إليها ليرتبط بالإيجاب بالقبول ، ثم عمله يظهر في حق المنفعة تملكها واستحقاقا حال وجود المنفعة (ولا تصح حتى تكون المنافع معلومة والأجرة معلومة) لما روينا ، ولأن الجهالة في المقود عليه وفي بدله تفضي إلى المنازعة كجهالة الثمن والمثلن في البيع (وما جاز أن يكون ثمننا في البيع جاز أن يكون أجرة في الإجازة) لأن الأجرة ثمن المنفعة فتعتبر بثن المبيع ، ومالا يصلح ثمننا يصلح أجرة أيضا كالأعيان فهذا اللفظ لا يثن صلاحية غيره لأنه عوض مالي (والمنافع تارة تصير معلومة بالمدّة كاستئجار الدور للسكنى والأرضين للزراعة فيصح العقد على مدّة معلومة أي مدّة كانت) لأن المدّة إذا كانت معلومة كان قدر المنفعة فيها معلوما إذا كانت المنفعة لا تتفاوت ، وقوله أي مدّة كانت إشارة إلى أنه يجوز طالت المدّة أو قصرت لكونها معلومة ، ولتحقق الحاجة إليها

هي إلا أن في الأوقاف لا يجوز الإجارة الطويلة كيلا يدمى المستأجر ملكها ، وهي مازاد على ثلاث سنين وهو المختار .

قال (وتارة تصير معلومة بنفسه كمن استأجر رجلا على صبح ثوبه أو خياطته أو استأجر دابة ليحمل عليها مقدارا معلوما أو يركبها مسافة سماها) لأنه إذا بين الثوب ولون الصبح وقدره وجنس الخياطة والقدر المحمول وجنسه والمسافة صارت المنفعة معلومة فيصح العقد ، وربما يقال الإجارة قد تكون عقدا على العمل كاستئجار القصار والخياط ، ولا بد أن يكون العمل معلوما وذلك في الأجير المشترك ، وقد تكون عقدا على المنفعة كما في أجير الواحد ولا بد من بيان الوقت .

قال (وتارة تصير المنفعة معلومة بالتعيين والإشارة كمن استأجر رجلا لينقل له هذا الطعام إلى موضع معلوم) لأنه إذا أراه ما ينقله والموضع الذي يحمل إليه كانت المنفعة معلومة فيصح العقد .

باب الأجر متى يستحق

قال (الأجرة لا تجب بالعقد وتستحق بأحد معان ثلاثة : إما بشرط التمجيل أو بالتسجيل من غير شرط أو باستيفاء العقود عليه) .

وقال الشافعي رحمه الله : تملك بنفس العقد لأن المنافع المدومة صارت موجودة حكما ضرورة تصحيح العقد فيثبت الحكم فيها يقابله من البذل . ولنا أن العقد ينقذ شيئا فشيئا على حسب حدوث المنافع على ما بيننا والعقد معاوضة ومن قضيتها المساواة ، فمن ضرورة التراضي في جانب المنفعة التراضي في البذل الآخر ، وإذا استوفى المنفعة يثبت الملك في الأجر لتحقق التسوية ، وكلنا إذا شرط التسجيل أو عجل من غير شرط لأن المساواة تمت حقا له وقد أبطله (وإذا قبض المستأجر للدار فعليه الأجر وإن لم يسكنها) لأن تسليم حين المنفعة لا يتصور فأقنا تسليم المثل مقلده إذ التمكن من الانتفاع يثبت به .

قال (فإن غصبها غاصب من يده سقطت الأجرة) لأن تسليم المثل إنما أقيم مقام تسليم المنفعة لتتمكن من الانتفاع فإذا فات التمكن فأتى التسليم وانفسخ العقد فسقط الأجر (وإن وجد الغصب في بعض المدة سقط الأجر بقدره) إذ الانفساخ في بعضها .

قال (ومن استأجر دارا فلم يجز أن يطالبه بأجرة كل يوم) لأنه استوفى منفعة

مقصودة (إلا أن يبين وقت الاستحقاق بالمقد) لأنه بمنزلة التأجيل (وكذلك إجارة الأراضي) لما بيننا (ومن استأجر بعيرا إلى مكة فلجمال أن يطالبه بأجرة كل مرحلة) لأن سير كل مرحلة مقصود . وكان أبو حنيفة رحمه الله يقول أولا : لا يجب الأجر إلا بعد انقضاء المدة وانتهاء السفر ، وهو قول زفر رحمه الله ، لأن المقود عليه جملة المنافع المدة فلا يتوزع الأجر على أجزائها كما إذا كان المقود عليه العمل . ووجه القول المرجوع إليه أن القياس يقتضي استحقاق الأجر ساعة ساعة لتعق المسافة إلا أن المطالبة في كل ساعة تفضي إلى أن لا يتفرغ لغيره فيتضرر به فقللنا بما ذكرنا .

قال (وليس للقصار وانطياط أن يطالب بالأجرة حتى يفرغ من العمل) لأن العمل في البعض غير متنع به فلا يستوجب الأجر به ، وكذا إذا عمل في بيت المستأجر لا يستوجب الأجر قبل الفراغ لما بنا . قال (إلا أن يشترط التسجيل) لما مر أن الشرط فيه لازم ،

قال (ومن استأجر خيازا ليخبر له في بيته قفيزا من دقيق بلوم لم يستحق الأجر حتى يخرج الخبز من الثور) لأن تمام العمل بالإخراج فلو احترق أو سقط من يده قبل الإخراج فلا أجر له للهلاك قبل التسليم (فإن أخرجه ثم احترق من غير فعله فله الأجر) لأنه صار مسلما إليه بالوضع في بيته ولا ضمان عليه لأنه لم توجد منه الجناية . قال رضي الله عنه وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله لأنه أمانة في يده وعندهما يضمن مثل دقيقه ولا أجر له لأنه مضمون عليه فلا يبرأ إلا بعد حقيقة التسليم وإن شاء ضمه الخبز وأعطاه الأجر . قال (ومن استأجر طباشرا لطبخ له طعاما للوصية فالعرف عليه) اعتبارا للعرف .

قال (ومن استأجر إنسانا ليضرب له لنا استحق الأجر إذا أقامها عند أبي حنيفة رحمه الله : وقالوا : لا يستحقها حتى يشرحها) لأن التشرية من تمام عمله إذ لا يؤمن منه الفساد قبله فصار لإخراج الخبز من الثور ولأن الإجير هو الذي يتولاه مرقا وهو المعبر فيما لم ينص عليه : ولأبي حنيفة رحمه الله أن العمل قد تم بالإقامة والتشريع عمل زائد كالنقل ، ألا ترى أنه ينفع به قبل التشريع بالنقل إلى موضع العمل بخلاف ما قبل الإقامة لأنه طين منتشر ، وبخلاف الخبر لأنه غير متنع به قبل الإخراج .

قال (وكل صانع لعمله أثر في العين كالقصار والصباغ فله أن يحبس العين بعد تفراغ من عمله حتى يسوق الأجر) لأن المقود عليه وصف قائم في الثوب ، فله حق الحبس

لاستيفاء البذل كما في المبيع ، ولو حبه فضاغ في يده لاضمان عليه عند أبي حنيفة رحمه الله لأنه غير معد في الحبس ، فيبقى أمانة كما كان عنده ، ولا أجر له هلاك المقود عليه قبل التسليم . وعند أبي يوسف وعمره رحمه الله المين كانت مضمونة قبل الحبس فكنا بعده لكنه بالخيار إن شاء ضمنه قيمته غير معقول ولا أجر له ، وإن شاء ضمنه معمولا وله الأجر وسيعين من بعد إن شاء الله تعالى .

قال (وكل صانع ليس لعمله أثر في العين فليس له أن يحبس العين للأجر كالحمال والملاح) لأن المقود عليه نفس العمل وهو غير قائم في العين فلا يتصور حبه فليس له ولاية الحبس وضل الثوب نظير الحمل ، وهذا بخلاف الآبق حيث يكون للراد حق حبه لاستيفاء الجمل ، ولا أثر لعمله لأنه كالأثر على شرف الملاك وقد أحياء فكانه باعه حقه لله حق الحبس وهذا الذي ذكرناه مذهب علمائنا الثلاثة . وقال زفر رحمه الله : ليس له حق الحبس ، وجوبه ، لأنه وقع التسليم باتصال المبيع بملكه فيسقط حق الحبس ، ولنا أن الاتصال باهل ضرورة إقامة تسليم العمل فلم يكن هو واضيا به من حيث إنه تسليم فلا يسقط حق الحبس كما إذا قبض المشتري بغير رضا البائع .

قال (وإذا شرط على الصانع أن يعدل بنفسه فليس له أن يستعمل غيره) لأن المقود عليه العمل في محل بيعته فيستحق حينه كالمنفعة في محل بيعته (وإن أطلق له العمل فله أن يستأجر من يعمل) لأن المستحق عمل في ذاته ويمكن إيفاءه بنفسه وبالاستعانة بغيره مجزلة إيفاء الدين .

فصل

(ومن استأجر رجلا ليذهب إلى البصرة فيجىء ببياله فذهب فوجد بعضهم قد مات فذهب بمن بقي فله الأجر بحسبه) لأنه أوفى بعض المقود عليه فيستحق العوض بقدره ، ومراذه إذا كانوا مملوئين (وإن استأجره ليذهب بكتابه إلى فلان بالبصرة ، ويجىء بجوابه فذهب فوجد فلا تامة فرد فلا أجر له) وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف ورحمهما الله ، وقال محمد رحمه الله : له الأجر في الذهاب لأنه أوفى بعض المقود عليه وهو قطع المسافة ، وهذا لأن الأجر مقابل به لما فيه من المشقة دون حمل الكتاب لخفة مؤنثه . ولما أن المقود عليه نقل الكتاب لأنه هو المقصود أو وسيلة إليه وهو العلم بما في الكتاب ولكن الحكم مطلق به وقد نقضه فيسقط الأجر كما في الطعام وهي المسئلة التي تلي هذه

المسئلة (وإن ترك الكتاب في ذلك المكان وعاد يستحق الجبر بالذهاب بالإجماع) لأن الحمل لم ينقضى (وإن استأجره لينهب بطعام إلى فلان بالبصرة فذهب فوجد فلانا ميتا غرده فلا أجر له في قولهم جميعا) لأنه نقض تسليم العقود عليه وهو حمل الطعام ، بخلاف مسئلة الكتاب على قول محمد رحمه الله ، لأن العقود عليه هناك قطع المسافة على مامر والله أعلم بالصواب .

باب ما يجوز من الإجارة وما يكون خلافا فيها

قال (ويجوز استئجار الدور والحوانيت السكنى وإن لم يبين ما يعمل فيها) لأن العمل المتعارف فيها السكنى فينصرف إليه وأنه لا يتفاوت فصح العقد (وله أن يعمل كل شيء) للإطلاق (إلا أنه لا يسكن حداذا ولا قصارا ولا طحانا لأن فيه ضررا ظاهرا) لأنه يوهن البناء فيقتيد العقد بما ورأى دالة .

قال (ويجوز استئجار الأراضي للزراعة) لأنها منفعة مقصودة معهودة فيها (والمستأجر الشرب والطريق وإن لم يشترط) لأن الإجارة تعقد للانتفاع ، ولا انتفاع في الحال إلا بهما فيدخلان في مطلق العقد بخلاف البيع ، لأن المقصود منه ملك الرقبة لا الانتفاع في الحال حتى يجوز بيع الجحش والأرض السبعة دون الإجارة فلا يدخلان فيه من غير ذكر الحقوق ، وقد مر في البيوع (ولا يصح العقد حتى يسمى ما يزرع فيها) لأنها قد تستأجر للزراعة ولغيرها وما يزرع فيها متفاوت فلا بد من التحين كيلا تقع المنازعة (أو يقول على أن يزرع فيها ماشاء) لأنه لما فوض الخيرة إليه ارفعت الجهالة المفضية إلى المنازعة (ويجوز أن يستأجر الساحة ليبنى فيها أو ليغرس فيها نخلا أو شجرا) لأنها منفعة تقصد بالأراضي (ثم إذا انقضت مدة الإجارة لزمه أن يقلع البناء والغرس ويسلمها إليه فارغة) لأنه لانهاية لهما وفي إيقافهما إضرار بصاحب الأرض ، بخلاف ما إذا انقضت المدة والزرع بقل حيث يترك بأجر المثل إلى زمان الإدراك لأن له نهاية معلومة فأمكن رعاية الجانين :

قال (إلا أن يختار صاحب الأرض أن يغرر له قيمة ذلك مقلوعا ويتملكه فله ذلك) وهذا يرضا صاحب الغرس والشجر إلا أن تنقص الأرض بقلعهما فيحتد بتملكهما بغير رضاه .

قال (أو يرضى بتركه على حاله فيكون البناء لهذا والأرض لهذا) لأن الحق له فله أن لا يسوفيه .

قال (وفي الجملع الصغير إذا انقضت مدة الإجارة وفي الأرض رطبة فإنها تغلق) لأن الرطاب لانهاء لها فأشبه الشجر .

قال (ويجوز استئجار الدواب الركوب والحمل) لأنه منفعة معلومة معهودة (فإن أطلق الركوب جاز له أن يركب من شاء) عملاً بالإطلاق ولكن إذا ركب بنفسه أو أركب واحداً ليس له أن يركب غيره لأنه تعين مراداً من الأصل والناس متفاوتون في الركوب فصار كأنه نص على ركوبه (وكذلك إذا استأجر ثوباً للبس وأطلق جاز فيها ذكرنا) لإطلاق النقط وتفاوت الناس في اللبس (وإن قال حي أن يركبها فلان أو يلبس للثوب فلان فأركبها غيره أو ألبسه غيره فخطب كأن ضاها) لأن الناس متفاوتون في الركوب واللبس فصحب التعيين وليس له أن يتعداه ، وكذلك كل ما يختلف باختلاف المستعمل له ذكرنا ، فأما المقار وما لا يختلف باختلاف المستعمل إذا شرط سكنى واحد فله أن يسكن غيره لأن التصيد غير مفيد لعدم التفاوت الذي يضر بالبناء والذي يضر بالبناء خارج على ما ذكرنا .

قال (وإن سمى نوحاً وقلنا معلوماً يحمله على الدابة مثل أن يقول حصة أفزة حنطة فله أن يحمل ما هو مثل الحنطة في الضرر أو أقل كالشعير والسم) لأنه دخل تحت الإذن لعدم التفاوت أو لكونه خيراً من الأول (وليس له أن يحمل ما هو أضر من الحنطة كاللح والحديد) لانتدام الرضا فيه (وإن استأجرها ليحمل عليها قنناً سماه فليس له أن يحمل عليها مثل وزنه حديداً) لأنه ربما يكون أضر بالدابة فإن الحديد يجمع في موضع من ظهرها والقنن يمس على ظهرها .

قال (وإن استأجرها ليركبها فأردف معه رجلاً فخطب ضمن نصف قيمتها ولا معبر بالثقل) لأن الدابة قد يعمرها جهل الراكب الخفيف ويحف عليها ركوب الثقل لعمه بالقرومية ، ولأن الآدى غير موزون فلا يمكن معرفة الوزن ، فاحتبر عدد الراكب كعدد الجنات في الجنابات .

قال (وإن استأجرها ليحمل عليها مقداراً من الحنطة فحمل عليها أكثر منه فخطب ضمن مقدار الثقل) لأنها خطبت بما هو مأذون فيه ، وما هو غير مأذون فيه والسبب الثقل

فانقسم عليهما (إلا إذا كان حملا لا يطبقه مثل تلك الدابة فحينئذ يضمن كمل قبعتها) لعدم الإذن فيها أصلا لخروجه عن العادة .

قال (وإن كبح الدابة يلجأها أو ضربها فطعت ضمن عند أبي حنيفة . وقال : لا يضمن إذا فعل فعلا متعارفا) لأن المتعارف مما يدخل تحت مطلق العقد فكان حاصله إذا فعل فلا يضمنه . ولأبي حنيفة رحمه الله أن الإذن عقيد بشرط السلامة إذ يتحقق السوق بكونه ، وإنما هما للمباغة فيتعبد بوصف السلامة كالمرور في الطريق .

قال (وإن استأجرها إلى الحبرة فجاوز بها إلى القادسية ثم ردها إلى الحبرة ثم نفقت فهو ضامن ، وكذلك العارية) وقيل تأويل هذه المسئلة إذا استأجرها ذاهبا لاجتياها ليهيئ العقد بالوصول إلى الحبرة فلا يصير بالعود مردودا إلى يد المالك معنى . وأما إذا استأجرها ذاهبا واجتياها فيكون بمنزلة المودع إذا خالف ثم عاد إلى الوفاق ، وقيل لأبي الجواب يجري على الإطلاق . والفرق أن المودع مأثور بالحفظ مقصودا فبقى الأمر بالحفظ بعد العود إلى الوفاق فحصل الرد إلى يد نائب المالك ، وفي الإجارة والعارية يصير الحفظ مأثورا به تبعا للاستعمال لا مقصودا فإذا انقطع الاستعمال لم يبق هو تابيا فلا يبرأ بالعود وهذا أصح .

قال (ومن اكتوى حمرا بسرج فزعر السرج وأسرجه بسرج بمثله الحمير فلا ضمان عليه) لأنه إذا كان يماثل الأول تناول إذن المالك إذ لاماندة في التقيد بغيره إلا إذا كان زائدا عليه في الوزن فحينئذ يضمن الزيادة (وإن كان لا يسرج بمثله الحمير ضمن) لأنه لم يتناوله الإذن من جهته فصار غافلا (وإن أوكفه بأكاف لا يوكف بمثله الحمير يضمن) لما قلنا في السرج وهذا أولى (وإن أوكفه بأكاف يوكف بمثله الحمير يضمن عند أبي حنيفة رحمه الله وقال : يضمن بحسابه) لأنه إذا كان يوكف بمثله الحمير كان هو والسرج سواء فيكون المالك راضيا به إلا إذا كان زائدا على السرج في الوزن فيضمن الزيادة ، لأنه لم يرض بالزيادة فصار كالزيادة في الحمل المسمى إذا كانت من جنسه ، ولأبي حنيفة رحمه الله : أن الإكاف ليس من جنس السرج لأنه للحمل والسرج للركوب ، وكذا ينسب أحدهما على ظهر الدابة حالا ينسب عليه الآخر فكان غافلا كما إذا حمل الحديد وقد شرط له الخطئة .

قال (وإن استأجر حملا ليحمل له طعاما في طريق كذا فأخذ في طريق غيره يسلكه الناس فهلك المتاع فلا ضمان عليه وإن بلغ فله الأجر) وهذا إذا لم يكن بين الطريقين تفاوت

لأن عند ذلك التقييد غير مفيد، أما إذا كان تفاوت يضمن لصحة التقييد فإن التقييد مفيد إلا أن الظاهر عدم التفاوت إذا كان طريقا يسلكه الناس فلم يفصل (وإن كان طريقا لا يسلكه الناس فهلك ضمن) لأنه صبح التقييد فصار مخالفا (وإن بلغ فله الأجر) لأنه ارتفع الخلاف معنى وإن بقى صورة .

قال (وإن حله في البحر فيها يحمله الناس في البر ضمن) لفتحش التفاوت بين البحر (وإن بلغ فله الأجر) لحصول المقصود وارتفاع الخلاف معنى .

قال (ومن استأجر أرضا ليزرعها حطة فزرعها رطبة ضمن مانقضا) لأن الرطاب أضر بالأرض من الحنطة لانتشار عروقها فيها وكثرة الحاجة إلى سقيها فكان خلافا إلى شر فيضمن مانقضا (ولا أجر له) لأنه غاصب للأرض حل ماقررناه (ومن دفع إلى غياط ثوبا ليخيطه قبضا بدرهم فخطاه قياه فإن شاء ضمنه قيمة الثوب ، وإن شاء أخذ القياه وأعطاه أجر مائة ولا يجاوز به درهما) قيل معناه القرطف الذي هو ذو طاق واحد ، لأنه يستعمل استعمال القميص ، وقيل هو مجرى على إطلاقه لأنها بتفاوتان في المنفعة . وعن أبي حنيفة رحمه الله : أنه يضمنه من غير خيار لأن القياه خلاف جنس القميص . ووجه الظاهر أنه قبض من وجه لأنه يشد وسطه ، فمن هذا الوجه يكون مخالفا ، لأن القميص لا يشد وينتفع به انتفاع القميص ، فجاءت الموافقة والمخالفة فيميل إلى أي الجهتين شاء إلا أنه يجب أجر المثل لقصور جهة الموافقة ، ولا يجاوز به الدرهم المسمى كما هو الحكم في سائر الإجازات الفاسدة حل ما يبينه في باب إن شاء الله تعالى ، ولو خطاه سراويل وقد امر بالقياه ، قيل يضمن من غير خيار للتفاوت في المنفعة . والأصح أنه يغير للاتحاد في أصل المنفعة وصار كما إذا أمر بضرب طست من شبه فضرب منه كوزا فزاد يغير كذا هذا واه أعلم .

باب الإجارة الفاسدة

قال (الإجارة تفسدها الشروط كما تفسد البيع) لأنه بمنزلة ، ألا ترى أنه قد يقال ويفسخ (والواجب في الإجارة الفاسدة أجر المثل لا يجاوز به المسمى) وقال زفر والشافعي رحمه الله : يجب بالما ما بلغ اعتبارا ببيع الأمان . ولنا أن النافع لا يتقوم بنفسه بل بالعقد بحاجة للشيء ، فيجوز بالضرورة في الصحيح منها إلا أن الفاسد تبع له فهو

ما يجعل بدلا في الصحيح عادة لكنهما إذا اتفقا على مقدار في العاصد فقد أسقطا الزيادة ، وإذا نقص أجر المثل لم يجب زيادة المسمى لفساد التسمية ، بخلاف البيع لأن العين متقومة في نفسها وهي الموجب الأصلي فإن صححت التسمية انتقل عنه وإلا فلا .

قال (ومن استأجر دارا كل شهر بدرهم فالعقد صحيح في شهر واحد فاسد في بقية الشهور إلا أن يسمى جملة شهور معلومة) لأن الأصل أن كلمة كل إذا دخلت فيها لانهائية أنه تنصرف إلى الواحد لتعذر العمل بالصوم ، فكان الشهر الواحد معلوما فصح العقد فيه ، وإذا تم كان لكل واحد منهما أن ينقض الإجارة لانتهاء العقد الصحيح (ولو سمي جملة شهور معلومة جاز) لأن المدة صارت معلومة .

قال (وإن سكن ساعة من الشهر الثاني صح العقد فيه وليس للمؤجر أن يخرج به إلى أن ينقضي وكذلك كل شهر سكن في أوله ساعة) لأنه تم العقد بتراضيهما بالسكنى في الشهر الثاني إلا أن الذي ذكره في الكتاب هو القياس وقد مال إليه بعض المشايخ ، وظاهر الرواية أن يبقى الخيار لكل واحد منهما في الليلة الأولى من الشهر الثاني ويومها لأن في اعتبار الأول بعض المخرج .

قال (وإن استأجر دارا سنة بعشرة دراهم جاز وإن لم يبين قسط كل شهر من الأجرة) لأن المدة معلومة بدون تقسيم فصار كإجارة شهر واحد فإنه جاز وإن لم يبين قسط كل يوم . ثم يعتبر إبقاء المدة مما سمي ، وإن لم يسم شيئا فهو من الوقت الذي استأجره) لأن الأوقات كلها في حق الإجارة على السواء فأشبهه النبيين ، بخلاف الصوم لأن الليالي ليست بمحل له (ثم إن كان العقد حين يهلّ الهلال فشهور السنة كلها بالأهلة) لأنها هي الأصل (وإن كان في أثناء الشهر فالكل بالأيام) عند أبي حنيفة رحمه الله ، وهو رواية عن أبي يوسف رحمه الله ، وعند محمد وهو رواية عن أبي يوسف رحمه الله : الأول بالأيام ، والباقي بالأهلة لأن الأيام يصار إليها ضرورة والضرورة في الأول منها . وله أنه متى تم الأول بالأيام ابتداء الثاني بالأيام ضرورة وهكذا إلى آخر السنة ونظيره العدة وقد مر في الطلاق .

قال (ويجوز أخذ أجرة الحمام والحجامة) أما الحمام فتعارف الناس ولم تعتبر الجاهلة لاجتماع المسلمين قال عليه الصلاة والسلام « مارأه المسلمون حسنا فهو عند الله حسن » وأما الحجامة ، فلما روى أنه عليه الصلاة والسلام احتجم وأعطى الحجامة الأجرة ولأنه استنظر على عمل معلوم بأجر معلوم فيقع جائزا .

قال (ولا يجوز أخذ أجره حسب التيسر) وهو أن يؤجر فعلا لينزو على الإثاث قوله عليه الصلاة والسلام «إن من السحت عصب التيسر» والمراد أخذ الأجرة عليه ؛ قال (ولا الاستئجار على الأذان والحج وكذا الإمامة وتعليم القرآن والفقه) والأصل أن كن طاعة يختص بها المسلم لا يجوز الاستئجار عليه عندنا ، وعند الشافعي رحمه الله يصح في كل ما لا يتعين على الأجير لأنه استئجار على عمل معلوم غير متعين عليه فيجوز . ولنا قوله عليه الصلاة والسلام «اقرأوا القرآن ولا تأكلوا به» وفي آخر ما عهد رسول الله عليه الصلاة والسلام إلى عثمان بن أبي العاص «وإن اتخذت مؤذنا فلا تأخذ على الأذان أجرا» ولأن القربة متى حصلت وقمت عن العامل ، ولهذا تعتبر أهليته فلا يجوز له أخذ الأجر من غيره كما في الصوم والصلاة ولأن التعليم مما لا يقدر المعلم عليه إلا بمعنى من قبل التعلم فيكون ملتزما ما لا يقدر على تسليمه فلا يصح ، وبعض مشايخنا استحسنا الاستئجار على تعليم القرآن اليوم ، لأنه ظهر التواني في الأمور الدينية ، ففي الامتناع تضيق حفظ القرآن وعليه الفتوى .

قال (ولا يجوز الاستئجار على الفناء والنوح وكذا سائر الملاهي) لأنه استئجار على المعصية والمعصية لا تستحق بالعقد .

قال (ولا يجوز إجارة المشاع عند أبي حنيفة رحمه الله إلا من الشريك . وقالوا: إجارة للمشاع جائزة) وصورته : أن يؤجر نصيبا من داره أو نصيبه من دار مشتركة من غير الشريك . لما أن للمشاع منفعة ، ولهذا يجب أجر المثل والتسليم ممكن بالتخلف أو بالتأخير فظهر كما إذا أجرة من شريكه أو من رجلين وصار كالبيع . ولأبي حنيفة رحمه الله أنه أجرة ما لا يقدر على تسليمه فلا يجوز وهذا لأن تسليم المشاع وحده لا يتصور والتخلف المحجور تسليمه لوقوعه تنكيئا وهو الفعل الذي يحصل به التمكن ، ولا تمكن في المشاع بخلاف البيع لحصول التمكن فيه ، وأما التأخير فإنما يستحق حكما للعقد بواسطة الملك وحكم العقد بغيره . والقدرة على التسليم شرط العقد وشرط الشيء يسبقه ولا يعتبر المتراضي سابقا ، وبخلاف ما إذا أجرة من شريكه فالحكم يثبت على ملكه فلا شوب والاختلاف في النسبة لا يضره على أنه لا يصح في رواية الحسن عنه وبخلاف الشوب الطاريء ، لأن القدرة على التسليم ليست بشرط لبقاء ، وبخلاف ما إذا أجرة من رجلين ، لأن التسليم يقع جملة ، ثم الشوب يفرق الملك فيما بينهما طاريء .

قال (ويجوز استئجار الظئر بأجرة معلومة) لقوله تعالى - فإن أرضعن لكم فأتوهن أجورهن - ولأن التعامل به كان جاريا على عهد رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم وقبله وأقرهم عليه ، ثم قيل إن العقد يقع على المنافع وهي خدمتها للصبي والقيام به واللبن يستحق على طريق التبع بمنزلة الصنع في الثوب ، وقيل : إن العقد يقع على اللبن والخدعة تابعة ، ولهذا لو أرضعته لبن شاة لا تستحق الأجر والأول أقرب إلى الفقه لأن عقد الإجارة لا ينقصد على إتلاف الأعيان مقصودا كما إذا استأجر بقرة ليشرب لبنها وصنيين المنع عن الأرضاع بلبن الشاة إن شاء الله تعالى ، وإذا ثبت ما ذكرنا يصبح إذا كانت الأجرة معلومة اعتبارا بالاستئجار على الخدمة .

قال (ويجوز بطعامها وكسوتها استحسانا عند أبي حنيفة رحمه الله . وقال لا يجوز) لأن الأجرة مجهولة ، فصار كما إذا استأجرها للخبز والطبخ ، وله أن الجهالة لا تنفي إلى المنازعة لأن في المادة التوسعة على الأضار شفقة على الأولاد فصار كبيع قميص من صبرة ، بخلاف الخبز والطبخ لأن الجهالة فيه تنفي إلى المنازعة (وفي الجامع الصغير : فإن سمي الطعام دراهم ووصف جنس الكسوة وأجلها وذرعها فهو جائز) يعني بالاجاع وصفى نسبة الطعام دراهم أن يجعل الأجرة دراهم ، ثم يدفع الطعام مكانها وهذا لاجهالة فيه (ولو سمي الطعام وبين قدره جاز أيضا) لما قلنا (ولا يشترط تأجيله) لأن أوصافها آمان (ويشترط بيان مكان الإيفاء) عند أبي حنيفة خلافا لهما ، وقد ذكرناه في البيوع (وفي الكسوة يشترط بيان الأجل أيضا مع بيان القدر والجنس) لأنه إنما يصير ديناً في القيمة إذا صار مبيعا وإنما يصير مبيعا عند الأجل كما في السلم .

قال (وليس للمطأجر أن يمنع زوجها من وطئها) لأن الوطء حق الزوج فلا يمكن من إبطال حقه ، ألا ترى أن له أن يفسخ الإجارة إذا لم يعلم به صيانة لحقه إلا أن المستطير بمنع من غشيانها في منزله لأن المنزل حقه (فإن حبست كان لم أن يفسخوا الإجارة إذا خطروا على الصبي من لبنها) لأن لبن الحامل يفسد الصبي فلهذا كان لم أن يفسخ إذا مرضت أيضا (وعليها أن تصلح طعام الصبي) لأن العمل عليها : والحاصل أنه يعتبر فيها لاعتنى عليه العرف في مثل هذا الباب ، فما جرى به العرف من غسل ثياب الصبي وإصلاح الطعام وغير ذلك فهو على الظئر ، أما الطعام فعلى والد الولد ، وما ذكر محمد رحمه الله أن الدهن والريحان على الظئر فذلك من عادة أهل الكوفة (وإن أرضعته في أمدة بلبن شاة فلا أجر

لأنها لم تأت بعمل مستحق عليها ، وهو الارضاع فإن هذا إيجار وليس بارضاع وإنما لم يجب الأجر لهذا المعنى أنه اختص العمل .

قال (ومن دفع إلى حائك غزلا لينسجه بالنصف فله أجر مثله ، وكذا إذا استأجر حمارا يحمل عليه طعاما بقبض منه فالإجارة فاسدة) لأنه جعل الأجر بعض ما يخرج من عمله فيصير في معنى قبض الطلحان ، وقد نهى النبي عليه الصلاة والسلام عنه ، وهو أن يستأجر ثورا ليطحن له حنطة بقبض من دقيقه ، وهذا أصل كبير يعرف به فساد كثير من الاجارات لاسيما في ديارنا ، والمعنى فيه : أن المستأجر عاجز عن تسليم الأجر وهو بعض المتسوج أو المحصول إذ حصوله بفعل الأجير فلا يعد هو قادرا بقدرة غيره ، وهذا بخلاف ما إذا استأجره ليحمل نصف طعامه بالنصف الآخر حيث لا يجب له الأجر ، لأن المستأجر ملك الأجير في الحال بالتعجيل فصار مشتركا بينهما ، ومن استأجر رجلا لحمل طعام مشترك بينهما لا يجب الأجر لأنه مامن جزء بحمله إلا وهو عامل لنفسه فيه فلا يتحقق تسليم المعقود عليه . قال (ولا يجاوز بالأجر قبضا) لأنه لما فسدت الإجارة فالواجب الأقل مما سمي ، ومن أجر المثل لأنه رضى بحط الزيادة وهذا بخلاف ما إذا اشتركا في الاحتطاب حيث يجب الأجر بالغا ما بلغ عند محمد لأن المسمى هناك غير معنوم فلم يصح الحط .

قال (ومن استأجر رجلا ليخز له هذه العشرة الخاتيم من الدقيق اليوم بدرهم فهو فاسد ، وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله ، وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله في الإجازات هو جائز) لأنه يجعل المعقود عليه عملا ، ويجعل ذكر الوقت للاستعجال تصحيحا للعقد فترفع الجهالة ، وله أن المعقود عليه مجهول ، لأن ذكر الوقت يوجب كون المنفعة معقودا عليها وذكر العمل يوجب كونه معقودا عليه ولا ترجيح ونفع المستأجر في الثاني وفتح الأجير في الأول فيفضي إلى المنازعة ، وعن أبي حنيفة رحمه الله : أنه يصح الإجارة إذا قال في اليوم وقد سمي عملا لأنه للظرف فكان المعقود عليه العمل ، بخلاف قوله اليوم ، وقد مر مثله في الطلاق .

قال (ومن استأجر أرضا على أن يكرها ويزرعها أو يسقها ويزرعها فهو جائز) لأن الزراعة مستحقة بالعقد ولاتتأني الزراعة إلا بالسقي والكراب فكان كل واحد منهما مستحقا لكل شروط هذه صفته يكون من مقتضيات العقد فذكره لا يوجب الفساد (فإن

شرط أن يثيبا أو يكرى أنهارها أو يسرقها فهو لاسد) لأنه يبقى أثره بعد انقضاء المدة وأنه ليس من مقتضيات العقد فيه منفعة لأحد المتعاقدين ، وما هذا حاله يوجب الفساد لأن مؤاجر الأرض يصير مستأجرا منافع الأجير على وجه يبقى بعد المدة فيصير صفتان في صفقة وهو منتهى عنه ، ثم قبل المراد بالثنية أن يردّها مكروية ولا شبهة في فسادها ، وقيل أن يكرها مرتين ، وهذا في موضع تخرج الأرض الربع بالكراب مرة والمدة سنة واحدة وإن كانت ثلاث سنين لاتبى منفعتها ، وليس المراد بكرى الأنهار الجدول بل المراد منها الأنهار العظام هو الصحيح لأنه تبقى منفعتها في العام القابل .

قال (وإن استأجرها ليزرعها بزرعة أرض أخرى فلا خير فيه) وقال الشافعي رحمه الله هو حائز وعلى هذا إجارة السكنى بالسكنى واللبس باللبس والركوب بالركوب ، له أن المنافع بمنزلة الأعيان حتى جازت الإجارة بأجرة دين ، ولا يصير ديناً بدين . ولنا أن الجنس بانفرادة يحرم النساء عند فساد كبيع القوهى بالقوهى نسيئة ، وإلى هذا أشار محمد رحمه الله ، ولأن الإجارة جوزت ، بخلاف القياس للحاجة ولا حاجة عند اتحاد الجنس ، بخلاف ما إذا اختلف جنس المنفعة .

قال (وإذا كان الطعام بين رجلين فاستأجر أحدهما صاحبه أو حمار صاحبه على أن يحمل نصيبه فحمل الطعام كله فلا أجر له) وقال الشافعي رحمه الله : له المسمى ، لأن المنفعة عن عنده وبيع العين شئنا جائر فصار كما إذا استأجر داراً مشتركة بينه وبين غيره ليضع فيها الطعام أو عبداً مشتركاً ليخيط له الثياب . ولنا أنه استأجره لعمل لا وجود له لأن الحمل فعل حسي لا يتصور في الشائع ، بخلاف البيع لأنه تصرف حكى ، وإذا لم يتصور تسليم المعقود عليه لا يجب الأجر ولأن ما من جزء يحمله إلا وهو شريك فيه فيكون عاملاً لنفسه فلا يتحقق التسليم ، بخلاف الدار المشتركة لأن المعقود عليه متالك المنافع ويتحقق تسليمها بدون وضع الطعام ، بخلاف العبد لأن المعقود عليه إنما هو ملك نصيب صاحبه وأنه أمر حكى يمكن إيقاعه في الشائع .

(ومن استأجر أرضاً ولم يذكر أنه يزرعها أو أى شئ يزرعها فالإجارة فاسدة) لأن الأرض تستأجر للزراعة ولغيرها ، وكذا ما يزرع فيها يختلف فنه ما يضر بالأرض ما لا يضر بها غيره فلم يكن المعقود عليه معلوماً .

قال (فإن زرعها ومضى الأجل فله المسمى) وهذا استحسان وقياس لا يجوز .

وهو قول زفر رحمه الله لأنه وقع فاسدا فلا يتقلب جائزا ، وجه الاستحسان أن الجهالة انقضت قبل تمام العقد فيقلب جائزا كما إذا ارتفعت في حالة العقد وصار كما إذا أسقط الأجل المجهول قبل مضيه والخيار الرائد في المدة .

قال (ومن استأجر حمارا إلى بغداد بدوم ولم يسم ما يحمل عليه فحمل ما يحمل الناس فنق في نصف الطريق فلا ضمان عليه) لأن للعين المستأجرة أمانة في يد المستأجر وإن كانت الإجارة فلسدة .

قول (فإن بلغ بغداد فله الأجر المسمى) استحسانا على ما ذكرنا في المسئلة الأولى .
قال (وإن اختصا قبل أن يحمل عليه) وفي المسئلة الأولى قبل أن يزرع (نقضت الإجارة) دفعا للفساد إذ الفساد قائم بعد .

باب ضمان الأجير

قال (الأجراء على ضربين أجبر مشترك وأجير خاص ، فالمشترك من لا يستحق الأجرة حتى يعمل كالصباغ والقصار) لأن الحقود عليه إذا كان هو العمل أو أثره كان له أن يعمل للخاصة لأن منافسه لم تصر مستحقة لواحد ، فن هذا الوجه يسمى مشتركا .

قال (والمطاع أمانة في يده فإن هلك لم يضمن شيئا عند أبي حنيفة رحمه الله . وهو قول زفر رحمه الله ، ويضمنه عندهما إلا من شيء غالب كالخريق الغالب والعدو المكابر) لما مروى عن عمر وعلى رضي الله عنهما أنهما كانا يضمنان الأجير المشترك ولأن الحفظ مستحق عليه إذ لا يمكنه العمل إلا به ، فإذا هلك بسبب يمكن الاحتراز عنه ، كالغصب والسرقة كان التقدير من جهته ، فيضمنه كالوديعة إذا كانت بأجر بخلاف مالا يمكن الاحتراز عنه كالموت حتف أنه والخريق الغالب وغيره لأنه لا تقصير من جهته ولأن حنيفة رحمه الله أن العين أمانة في يده ، لأن القبض حصل بإذنه ولهذا لو هلك بسبب لا يمكن الاحتراز عنه لا يضمنه ولو كان مضمونا يضمنه كما في المصوب والحفظ مستحق عليه تبعا لا مقصودا ولهذا لا يقابله الأجر بخلاف المودع بالأجر لأن الحفظ مستحق عليه مقصودا حتى يقابله الأجر .

قال (وما تلف بعمله كتحريق الثوب من دقة وزلق الجمال وانقطاع الحبل الذي يشد به المكاري الحمل وغرق السفينة من مده مضمون عليه) وقال زفر والشافعي رحمه الله :

لا ضمان عليه لأنه أمره بالفعل مطلقا ، فينتظمه بنوعيه الميعب والسليم وصار كأجير الواحد ومعين القصار . ولنا أن الداخل تحت الإذن مأهول الداخل تحت العقد وهو العمل المصلح لأنه هو الوسيلة إلى الأثر وهو المقود عليه حقيقة حتى لو حصل بفعل الغير يجب الأجر فلم يكن المقصد مأذونا فيه بخلاف الميعن لأنه متبرع ، فلا يمكن تقييده بالمصلح لأنه بمنح من التبرع وفيما نحن فيه يعمل بالأجر ، فلمكن تقييده وبخلاف أجير الواحد على ما ذكره إن شاء الله تعالى وانقطاع الحبل من قلة اهتمامه فكان من صنيعه .

قال (إلا أنه لا يضمن به بنى آدم عن غرق في السفينة أو سقط من الدابة وإن كان يسوقه وقوده) لأن الواجب ضمان الآدمي وأنه لا يجب بالعقد ، وإنما يجب بالجنابة ولهذا يجب على العاقلة وضمان المقود لا تتحمله العاقلة .

قال (وإذا استأجر من يحمل له دنا من الفرات فوقع في بعض الطريق فانكسر فلن شاء ضمانه قيمته في المكان الذي حله ولا أجر له وإن شاء ضمانه قيمته في الموضع الذي انكسر وأعطاه الأجر بحسابه) أما الضمان فلما قلنا ، والسقوط بالعتار أو بانقطاع الحبل وكل ذلك من صنيعه ، وأما الخيار فلأنه إذا انكسر في الطريق والحمل شيء واحد تبين أنه وقع تعديا من الابتداء من هذا الوجه ، وله وجه آخر وهو أن ابتداء الحمل حصل بإذنه فلم يكن من الابتداء تعديا ، وإنما صار تعديا عند الكسر فيميل إلى أى الوجهين شاء ، وفي الوجه الثاني له الأجر بقدر ما استوفى وفي الوجه الأول لأجر له لأنه ما استوفى أصلا .

قال (وإذا فصد الفصاد أو بزغ البراغ ولم يعجاوز الموضع المعتاد فلا ضمان عليه فيها عطب من ذلك ، وفي الجامع الصغير يطار بزغ دابة بدائق فنفت أو حجام حجام جندا بأمر مولاه فأت فلا ضمان عليه) وفي كل واحد من العبارتين نوع بيان ، ووجهه أنه لا يمكن التحرز عن السراية لأنه يفتنى على قوة الطلائع وضغطها في تحمل الأثم فلا يمكن التقييد بالمصلح من العمل ولا كذلك دق الثوب ونحوه مما قدمناه لأن قوة الثوب وركته تعرف بالاجتهاد فأمكن القول بالتقييد .

قال (والأجير الخاص الذي يستحق الأجرة يتسلم نفسه في المدة وإن لم يعمل كمن استأجر شهرا للخدمة أو لرمي القتم) وإنما سمي أجير وحده لأنه لا يمكنه أن يعمل لغيره لأن منافعه في المدة صارت مستحقة له والأجر مقابل بالمنافع ولهذا يبقى الأجر مسقطا وإنه نقض العمل :

قال (ولا ضمان على الأجير الخاص فيما تلف في يده ولا ماتلف من عمله) أما الأول فلأن العين أمانة في يده لأنه قبض بإذنه ، وهذا ظاهر عند أبي حنيفة وكذا عندهما ، لأن تضمين الأجير المشترك نوع استحسان عندهما لصيانة أموال الناس وأجبر الواحد لا يقبل الأعمال فمكون السلامة غالبية فيؤخذ فيه بالتقاييس ، وأما الثاني فلأن المنافع متى صارت مملوكة للمستأجر ، فإذا أمره بالتصرف في ملكه صح ويصير نائباً منابه فيصير عمله منقولا إليه كأنه فعل بنفسه فلهذا لا يضمنه ، والله أعلم بالصواب .

باب الإجارة على أحد الشرطين

(وإذا قال للخياط إن خطت هذا الثوب فارسيا فيدرهم وإن خطته روميا فيدرهمين جاز وأى عمل من هذين العاملين عمل استحق الأجر به) وكذا إذا قال للصباغ إن صبغته بعصفر فيدرهم وإن صبغته بزعفران فيدرهمين ، وكذا إذا خبره بين شيتين بأن قال : أجرتك هذه الدار شهرا بخمسة أومده الدار الأخرى بعشرة ، وكذا إذا خبره بين مسافتين غطختين بأن قال : أجرتك هذه الدابة إلى الكوفة بكذا ، أو إلى واسط بكذا وكذا إذا أخبره بين ثلاثة أشياء ، وإن خبره بين أربعة أشياء لم يجز والمعتبر في جميع ذلك البيع ، والجامع دفع الحاجة غير أنه لا بد من اشتراط الخيار في البيع وفي الإجارة لا يشترط ذلك ، لأن الأجر إنما يجب بالنقل وعند ذلك يصير المقود عليه معلوما وفي البيع يجب الثمن بنفس العقد ، فصحت الجهة على وجه لا ترتفع المنازعة لإلزامات الخيار (ولو قال : إن خطته اليوم فيدرهم ، وإن خطته غدا فب نصف درهم ، فإن خاطه اليوم قله درهم وإن خاطه غدا قله أجر مثله عند أبي حنيفة رحمه الله لا يجاوز به نصف درهم ، وفي الجامع الصغير : لا ينقص من نصف درهم ولا يزداد حل درهم ، وقال أبو يوسف وعمره رحمه الله : الشرطان جائزان) .

قال زفر : الشرطان فاسدان لأن الخياطة شيء واحد ، وقد ذكر بمقابلته بدلان حل للبدل فيكون مجهولا وهذا لأن ذكر اليوم للتعجيل وذكر الند للترفيه ، فيجتمع في كل يوم تسهتان ، ولهما أن ذكر اليوم للتأخير وذكر الند للتعليل فلا يجمع في كل يوم تسهتان ، ولأن التسجيل والتأخير مقصود فزلا منزلة اختلاف النوعين ، ولأبي حنيفة رحمه الله : أن ذكر الند للتعليل حقيقة ولا يمكن حل اليوم على التأخير لأن فيه فساد العقد لاجتماع الوقت

والعمل وإذا كان كذلك يجتمع في الغد تسيان دون اليوم فيصح اليوم الأول ، ويجب المسى ويفسد الثاني ويجب أجر المثل لا يجاوز به نصف درهم لأنه هو المسى في اليوم الثاني وفي الجامع الصغير : لايزاد على درهم ولا ينقص من نصف درهم لأن التسمية الأولى لا تعتمد في اليوم الثاني فتعتبر لمنع الزيادة وتعتبر التسمية الثانية لمنع النقصان ، فإن خطه في اليوم الثالث لا يجاوز به نصف درهم عند أبي حنيفة رحمه الله هو الصحيح لأنه إذا لم يرض بالتأخير إلى الغد فبالزيادة عليه إلى ما بعد الغد أولى .

(ولو قال إن مكنت في هذا الدكان عطاراً فبدرم في الشهر وإن سكنته حداً فبدرمين جاز وأى الأمرين فعل استحق الأجر المسى فيه عند أبي حنيفة رحمه الله وقالوا الإجارة فاسدة ، وكذا إن استأجر بيتاً على أنه إن سكن فيه عطاراً فبدرم وإن سكن فيه حداً فبدرمين فهو جائز . عند أبي حنيفة رحمه الله وقالوا لا يجوز ، ومن استأجر دابة إلى الحبرة بدرم وإن جاوز بها إلى القادسية فبدرمين فهو جائز) ويحتمل الخلاف (ومن استأجرها إلى الحبرة على أنه إن حل عليها كره شعير فبنصف درهم وإن حل عليها كره حنطة فبدرم فهو جائز في قول أبي حنيفة رحمه الله وقالوا لا يجوز) وجه قولهما أن العقود عليه مجهول ، وكذا الأجر أحد الشئيين وهو مجهول والجهالة توجب الفساد بخلاف الجهالة الرومية والفارسية ، لأن الأجر يجب بالعمل وعنده ترتفع الجهالة .

أما في هذه المسائل فيجب الأجر بالتخلف والتسليم فتنبى الجهالة وهذا الحرف هو الأصل عندهما ، ولأبي حنيفة رحمه الله أنه خبره بين عقدين صبيحين مختلفين فيصح كافي مسئلة الرومية والفارسية وهذا لأن سكناه بنفسه يخالف إسكانه الحداد ، ألا ترى أنه لا يدخل ذلك في مطلق العقد وكذا في أنوائها والإجارة تعقد للارتفاع وعنده ترتفع الجهالة ولو احتج إلى الإيجاب بمجرد التسليم يجب أقل الأجرين للتيقن به ، والله أعلم بالصواب .

باب إجارة العبد

قال (ومن استأجر عبدا ليخدمه ، -فليس له أن يسافر به إلا أن يشترط ذلك) لأن خدمة السفر اشغلت حل زيادة مشقة فلا ينتظمها الإطلاق ، ولهذا جعل السفر ضررا فلا يند من اشتراطه كل مكان الحلباء والقمصار في القدار ، ولأن التفاوت بين الخدمتين ظاهر فإذا تمت الخدمة في الحضر لا يبقى غيره داخل كما في الركوب (ومن استأجر عبدا محجورا عليه شهرا وأعطاه الأجر فليس للمستأجر أن يأخذ منه الأجر) وأصله أن الإجارة صحيحة استحسانا إذا فرغ من العمل والقياس أن لا يجوز لا لعدم إذن المولى ، وقيام الحجر فصار كما إذا ملك العبد ، وجه الاستحسان أن التصرف نافع على اعتبار الفراغ سالما ضار على إجهار هلاك العبد والتابع مأذون فيه كقبول الهبة وإذا جاز ذلك لم يكن للمستأجر أن يأخذ من الأجر (ومن غصب عبدا فأجر العبد نفسه فأخذ الغاصب الأجر فأكله فلا ضمان عليه عند أبي حنيفة رحمه الله وقالوا هو ضامن) لأنه أكل مال المالك بنظر إذنه إذ الإجارة قد صحت على مامر ، وله أن الضمان إنما يجب بانلاف مال محرز لأن القوم به وهذا غير محرز في حق الغاصب ، لأن العبد لا يحرم نفسه عنه ، فكيف يحرم ما في يده (وإن وجد المولى الأجر قائما بعبته أخذه) لأنه وجد عين ماله (ويجوز قبض العبد الأجر في قولهم جميعا) لأنه مأذون له في التصرف على اعتبار الفراغ على مامر (ومن استأجر عبدا هذين الشهرين شهرا بأربعة وشهرا بخمسة ، فهو جائز والأول منهما بأربعة) لأن الشهر المذكور أولا يتصرف إلى ما يلي العقد تحريا للجواز أو نظرا إلى تنجز الحاجة فينصرف الثاني إلى ما يلي الأول ضرورة (ومن استأجر عبدا شهرا بدينهم فقبضه في أول الشهر ، ثم جاء آخر الشهر وهو أبني أو مريض فقال للمستأجر أبني أو مريض حين أعطته ، وقال المولى : لم يكن ذلك إلا قبل أن تأتيني ساعة فاقول قول المستأجر وإن جاء به وهو صحيح فاقول قول المؤجر) لأنها اختلاف أمر محتمل فيترجح بحكم الحال إذ هو دليل على قيامه من قبل وهو يصلح مرجعا إن لم يصلح حجة في نفسه أصله الاختلاف في جريان ماء الطائفة وانقطاعه والله سبحانه وتعالى أعلم .

باب الاختلاف في الإجارة

قال (وإذا اختلف الخياط ورب الثوب ، فقال رب الثوب : أمرتك أن تعمله قباء وقال الخياط : بل قميصا أو قال صاحب الثوب للصباغ أمرتك أن تصبغه أحمر فصبغته أصفر ، وقال الصباغ : لا بل أمرتني أصفر فاقول لصاحب الثوب) لأن الإذن بسطاد من جهة . ألا ترى أنه لو أنكر أصل الإذن كان القول قوله فكذلك إذا أنكر صفة لكن بحلف لأنه أنكر شيئا لو أقر به فزمه .

قال (وإذا حلف فاخلط ضامن) ومعناه ما مر من قبل أنه بالخيار إن شاء ضمنه وإن شاء أخذه وأعطاه أجر مثله وكذا يغير في مسئلة الصبغ إذا حلف إن شاء ضمنه قيمة الثوب أبيض ، وإن شاء أخذ الثوب وأعطاه أجر مثله لا يجاوز به المسمى وذكر في بعض النسخ يقضيه ما زاد الصبغ فيه لأنه بمنزلة الغصب (وإن قال صاحب الثوب : عملت لي بغير أجر وقال الصانع : بأجر فاقول قول صاحب الثوب) عند أبي حنيفة لأنه ينكر تقوم عمله إذ هو يتقوم بالعقد وينكر الضمان والصانع يدعي والقول قول المنكر (وقال أبو يوسف رحمه الله : إن كان الرجل حريفا له) أي خليطا له (فله الأجر وإلا فلا) لأن سبق ما بينهما يعين جهة الطلب بأجر جريا على معناه (وقال محمد رحمه الله : إن كان للصانع معروفا بهذه الصنعة بالأجر فاقول قوله) لأنه لما فتح الحانوت لأجله جرى ذلك جرى التنصيص على الأجر اعتبارا للظاهر ، والقياس ما قاله أبو حنيفة رحمه الله لأنه منكر ، والجواب عن استحسانهما أن الظاهر للدفع والحاجة ههنا إلى الاستحقاق والله أعلم .

باب منع الإجارة

قال (ومن استأجر دارا فوجد بها عيبا يضر بالسكنى فله الفسخ) لأن المقود عليه المنافع وأنها توجد شيئا فشيئا فكان هذا عيبا حادثا قبل القبض فيوجب اختيار كفاي البيع ، ثم المستأجر إذا استوفى المنفعة فقد رضى بالعيب فيلزمه جميع البدل كفاي البيع وإن فعل المولج ما أزال به العيب فلا خيار للمستأجر لزوال سببه .

قال (وإذا خرب الدار أو انقطع شرب الفضة أو انقطع الماء من الرعى انفسخت الإجارة) لأن المقود عليه قد فلت ومضى المنافع المنصورة قبل القبض ففقد فوات الميع

قبل القبض وموت العبد المستأجر ، ومن أصابنا من قال : إن العقد لا يفسخ لأن المنافع قد فُتحت على وجه يتصور مودعها فأشبهه الأباقي في البيع قبل القبض ، ومن محمد رحمه الله : إن الأجر لو بناها ليس للمستأجر أن يتمتع ولا للأجر ، وهذا تنصيص منه على أنه لم يفسخ لكنه يفسخ (ولو انقطع ماء الرحى والبيت بما ينضج به لغير الطحن فعليه من الأجر بمحضه) لأنه جزء من العقود عليه .

قال (وإذا مات أحد المتعاقدين ، وقد عقد الاجارة لنفسه انفسخت) لأنه لو بقي العقد تصير المصلحة المملوكة به أو الأجرة المملوكة لغير العاقد مسحقة بالعقد لأنه ينقل بالموت إلى الوراث وذلك لا يجوز (وإن عقدها لغيره لم تنسخ) مثل الوكيل والوصي والمتولى في الوقف لانعدام ما أشرنا إليه من المعنى .

قال (ويصح شرط الخيار في الاجارة) وقال الشافعي رحمه الله : لا يصح لأن المستأجر لا يمكنه رد العقود عليه بكذا لو كان الخيار له لقوات بنفسه ، ولو كان المؤاجر فلا يمكنه تسليم أيضا على السكال ، وكل ذلك يمنع الخيار ولنا أنه عقد معاملة لا يستحق القبض فيه في المجلس فجاز اشترط الخيار فيه كالبيع والجامع بينهما دفع الحاجة ، وفوات بعض العقود عليه في الاجارة لا يمنع الرد بخيار العيب ، فكذا بخيار الشرط ، بخلاف البيع وهذا لأن رد الكل ممكن في البيع دون الاجارة فيشترط فيه دونها ولهذا يجبر المستأجر على القبض إذا سلم المؤجر بعد مضي بعض المدة .

قال (ونفسخ الاجارة بالأعذار) عندنا ، وقال الشافعي رحمه الله : لا يفسخ إلا بالعيب لأن المنافع عنده بمنزلة الأعيان حتى يجوز العقد عليها فأشبه البيع . ولنا أن المنافع غير مقبوضة وهي العقود عليها فصار العذر في إجارة كالعيب قبل القبض في البيع ، ففسخ به إذا لم يفسخ بهما وهو عذر العاقد عن المضي في موجه إلا بتحمل ضرر زائد لم يستحق به وهذا هو معنى العذر عندنا (وهو كمن استأجر حطادا ليقطع ضرره لوجع به فسكن الوجع أو استأجر طباعا لطبخ له طعام الويلة فاختلعت منه نفسخ الاجارة) لأن في المضي عليه التزام ضرر زائد لم يستحق بالعقد (وكذا من استأجر دكانا في السوق ليتجر فيه فذهب ماله وكذا من أجر دكانا أو دارا ، ثم أفلس وزمته ديون لا يقدر على قضائها إلا بشئ من أجر فسح القاضي العقد وباعها في الديون) لأن في الجري على موجب العقد التزام ضرر زائد لم يستحق بالعقد ، وهو الحبس لأنه قد لا يصدق على عدم مال آخر ، ثم قوله فسح

القاضي العقد إشارة إلى أنه يقتصر إلى قضاء القاضي في التقض ، وهكذا ذكر في الزيادات في عنر الدين وقال في الجامع الصغير وكل ما ذكرنا أنه عنر فإن الاجارة فيه تنتقض وهذا يدل على أنه لا يحتاج فيه إلى قضاء القاضي ووجهه أن هذا بمنزلة العيب قبل القبض في المبيع على ما مر فينفرد العاقد بالتسخ ووجه الأول أنه فصل بجهد فيه ، فلا بد من إلزام القاضي ، ومنهم من وفق فقال : إن كان العنر ظاهرا لا يحتاج إلى القضاء لظهور العنر ، وإن كان غير ظاهر كالدین يحتاج إلى القضاء لظهور العنر .

(ومن استأجر دابة ليسافر عليها ثم بدا له من السفر فهو عنر) لأنه لو مضى على موجب العقد يلزمه ضرر زائد لأنه ربما يذهب للحج فذهب وقته أو لطلب غريمه فحضر أو لتجارة فانصر (وإن بدا للمكاري ليس ذلك بعنر) لأنه يمكنه أن يقعد ، ويبيت الدواب على يد تلميذه أو أجيره (ولو مرض المؤاجر فمعد فكذا الجواب) على رواية الأصل ، وذكر الكرخي رحمه الله أنه عنر لأنه لا يعبرى عن ضرر ، فيدفع عنه عند الضرورة دون الاختيار (ومن أجز عبه ثم باعه فليس بعنر) لأنه لا يلزمه الضرر بالمضي على موجب العقد ، وإنما يفوته الاسترباح وأنه أمر زائد .

قال (وإذا استأجر الخياط غلاما فأفلس وترك العمل فهو عنر) لأنه يلزمه الضرر بالمضي على موجب العقد لقوات مقصوده وهو رأس ماله وتأويل المسئلة خياط يعمل نفسه ، لما الذي يخط بأجره رأس ماله الخياط والخياط والمقراض فلا يتحقق الإفلاس فيه (وإن لم يترك الخياطة وأن يعمل في الصرف فهو ليس بعنر) لأنه يمكنه أن يقعد للبلاد للخياطة في ناحية وهو يعمل في الصرف في ناحية ، وهذا بخلاف ما إذا استأجر دكانا لخياطة ، فأراد أن يتركها ويشغل بعمل آخر حيث جعله عنرا ذكره في الأصل لأن قواعد لا يمكن الجمع بين الصلين . أما ههنا العامل شخصان فأكبرهما ،

(ومن استأجر غلاما لمخضمه في المصر ثم سافر فهو عنر) لأنه لا يعبرى عن إلزام ضرر وقد لا خدمة السفر أشق من المنع من السفر ضرر وكل ذلك لم يستحق بالعقد فيكون عنرا (وكذا إذا أطنق) لما مر أنه يتقيد بالحضر ، بخلاف ما إذا أجز عقارا ثم سافر لأنه لا ضرر إلا المستأجر بمكنه احتفاظه المفعة من الموقوف عليه بعد عيته حتى لو مراد المستأجر السفر فهو عنر ، فيه من المنع من السفر أو إلزام الأجر بدون السكنى وقت ضرره .

مسائل متورة

قال (ومن استأجر أرضاً أو استعارها فأحرق الحصاد فاحرق شيء من أرض أخرى فلا ضمان عليه) لأنه غير متصد في هذا التسبب فأشبه حافر البئر في دار نفسه ، وقيل هذا إذا كانت الرياح هادئة ثم تغيرت أما إذا كانت مضطربة يضمن ، لأن موقد النار يعلم أنها لا تستقر في أرضه .

قال (وإذا أتمد الخياط أو الصباغ في حانوته من بطرح عليه العمل بالنصف فهو جائز) لأن هذه شركة الوجوه في الحقيقة فهذا بوجاهته يقبل ، وهذا بخلافه بعمل ، فينتظم بذلك المصلحة ، فلا تضره الجهالة فيما يحصل ؛

قال (ومن استأجر حملاً ليحمل عليه عملاً وراكبين إلى مكة جاز وله الحمل المعتاد) وفي القياس لا يجوز وهو قول الشافعي رحمه الله للجهالة ، وقد يفرض ذلك إلى المنازعة ، وجه الاستحسان أن المقصود هو الراكب وهو معلوم ، والحمل تابع وما فيه من الجهالة يرتفع بالصرف إلى المتعارف فلا يفرض ذلك إلى المنازعة وكذا إذا لم ير الوطاء والدثر .

قال (وإن شاهد الجمال الحمل فهو أجود) لأنه أنشئ للجهالة وأقرب إلى تحقق الرضا ؛ قال (وإن استأجر بعيراً ليحمل عليه مقداراً من الزاد فأكل منه في الطريق جاز له أن يرد عوض ما أكل) لأنه استحق عليه حملاً مسمى في جميع الطريق فله أن يستوفيه (وكذا غير الزاد من المكيل والموزون) ورد الزاد معتاد عند البعض كرد الماء فلا مانع من العمل بالإطلاق والله أعلم .

كتاب المكاتب

قال (وإذا كاتب المولى عبده أو أمته على مال شرطه عليه وقبيل العبد ذلك صار مكاتباً) أما الجواز فلقوله تعالى - فكانبوهم إن علمتم فيهم خيراً - وهذا ليس أمراً إيجاباً لإجماع بين الفقهاء ، وإنما هو أمر ندب هو الصحيح ، وفي الحمل على الإباحة إلغاء الشرط إذ هو مباح بدونه أما النندية فمعلقة به والمراد بالخير المذكور على ما قيل أن لا يضر بالمسلمين بعد العتق ، فإن كان يضر بهم فالأفضل أن لا يكتبه وإن كان يصح أو ضله ، وأما اشتراط قبول العبد فلأنه مال يلزمه فلا بد من التزامه ولا يعنى إلا بأداء كل البذل لقوله عليه الصلاة والسلام « أيما عبد كوتب على مائة دينار فأداها إلا عشرة دنائير فهو عبد » وقال عليه الصلاة والسلام « المكاتب عبد ماني عليه درهم » وفي اختلاف الصحابة رضى الله عنهم وما اخترناه قول زيد بن ثابت رضى الله عنه ، ويعنى بأدائه وإن لم يقبل المولى إذا أدبنا فانت حر لأن موجب العقد يثبت من غير التصريح به كما في البيع ولا يجب حط شيء من البذل اختياراً بالبيع .

قال (ويجوز أن يشترط المال حالاً ويجوز مؤجلاً ومنجماً) وقال الشافعي رحمه الله : لا يجوز حالاً ولا بد من نجس لأنه عاجز عن التسليم في زمان قابل لعدم الأهلية قبله للرق بخلاف السلم على أصله لأنه أهل للملك ، فكان احتمال القدرة ثابتاً وقد دل الإقدام على العقد عليها فيثبت به ، ولنا ظاهر ما تلونا من غير شرط التنجيم ، ولأنه عقد معارضة والبدل معقود به فأشبه الثمن في البيع في عدم اشتراط القدرة عليه ، بخلاف السلم على أصلنا لأن المسلم فيه معقود عليه فلا بد من القدرة عليه ، ولأن مبنى الكتابة على المساهلة فيسهل المولى ظاهراً بخلاف السلم لأن مبناه على المضايقة وفي الحام كما امتنع من الأداء يرد إلى الرق .

قال (ويجوز كتابة العبد الصغير إذا كان يعقل البيع والشراء) لتحقق الإيجاب والقبول إذ العاقل من أهل القبول والتصرف نافع في حقه ، وللشافعي رحمه الله تعالى مخالفاً فيه وهو بناء على مسألة إذن الصبي في التجارة وهذا بخلاف ما إذا كان لا يعقل البيع والشراء ، لأن القبول لا يتحقق منه فلا يتخذ العقد حتى لو أدى عنه غيره لا يعنى ويسترد ما دفع . قال (ومن قال لعبده جئت عليك ألفاً تؤديها لي نجوماً أول النجم كذا وآخره كذا

فلذا أدبتها - فأنت حر ، وإن عجزت فأنت رقيق فإن هذه مكانية) لأنه أتى بتفسير الكتابة ، ولو قال : إذا أدبت إلى ألفا كل شهر مائة ، فأنت حر فهذه مكانية في رواية أبي سليمان ، لأن التجميع يدل على الوجوب وذلك بالكتابة ، وفي نسخ أبي حفص رحمه الله لا تكون مكانية اعتبارا بالتعليق بالأداء مرة .

قال (وإذا صحت الكتابة خرج المكاتب عن يد المولى ولم يخرج من ملكه) أما الخروج من يده فتتحقق معنى الكتابة وهو الضم فيضم مالكية يده إلى مالكية نفسه أو لتحقق مقصود الكتابة ، وهو أداء البدل فيملك البيع والشراء والخروج إلى السفر وإن ناه المولى ، وأما عدم الخروج عن ملكه فلما روينا ، ولأنه عقد معاوضة ومبناه على المساواة وينعدم ذلك بتجزع العتق ويتحقق بتأخره لأنه ثبت له نوع مالكية ويثبت له في الذمة حق من وجه (فإن أعطه عتق باعتاقه) لأنه مالك لرقبته (وسقط عنه بدل الكتابة) لأنه ما ألزمه إلا مقابل حصول العتق به وقد حصل دونه .

قال (وإذا وطئ المولى مكانته لزمه العقر) لأنها صارت أخص بأجزائها توصلنا إلى المقصود بالكتابة وهو الوصول إلى البدل من جانبته وإلى الحرية من جانبها بناء عليه ومنافع البضع ملحقة بالأجزاء والأعيان (وإن جنى عليها أو على ولدها لزمته الجناية) لما بينا (وإن أنلف مالا لها غرم) لأن المولى كالأجنبي في حق أكسابها ونفسها إذ لو لم يعمل كذلك لألفه المولى فيمتنع حصول الغرض المبني بالعقد . والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب .

فصل في الكتابة الفاسدة

قال (وإذا كاتب المسلم عبده على خمر أو خنزير أو على قيمة نفسه فالكتابة فاسدة) لما الأول فلأن الخمر والخنزير لا يستحقه المسلم ، لأنه ليس بمال في حقه ، فلا يصلح بدلا فيفسد العقد ، وأما الثاني فلأن القيمة مجهولة قدرها وجنسا ووصفا ففاحتشت الجهالة ، وصورنا إذا كاتب على ثوب أو دابة ولأنه تنصيص على ما هو موجب العقد الفاسد لأنه موجب للقيمة .

قال (فإن أدى الخمر عتق) وقال زفر رحمه الله لا يعتق إلا بأداء قيمة نفسه لأن البدل هو القيمة ، وعن أبي يوسف رحمه الله أنه يعتق بأداء الخمر لأنه بدل صورة ، ويعتق بأداء القيمة أيضا لأنه هو البدل . وعن أبي حنيفة أنه إنما يعتق بأداء عين الخمر إذا

قال إن أدبها فأنت حر ، لأنه حينئذ يكون العتق بالشرط لا يعقد الكتابة وصار كما إذا كاتب على مئة أو دم ، ولا فصل في ظاهر الرواية ووجه الفرق بينهما وبين الميتة أن الخمر والخنزير مال في الجملة فأمكن اعتبار معنى العقد فيما وموجبه العتق عند أداء العوض للشرط ، وأما الميتة : فليست بمال أصلاً فلا يمكن اعتبار معنى العقد فيه فاعتبر فيه معنى الشرط وذلك بالتخصيص عليه (وإذا عتق بأداء عين الخمر لزمه أن يسعى في قيمته) لأنه وجب عليه رد رقبته لفساد العقد ، وقد تمذر بالعتق فيجب رد قيمته كما في البيع الفاسد إذا تلف المبيع .

قال (ولا ينقص عن المسمى ويزاد عليه) لأنه عقد فاسد فتجب القيمة عند هلاك المبدل بالغة ما بلغت كما في البيع الفاسد ، وهذا لأن المولى ما رضى بالقصان والعبد رضى بالزيادة كيلا يبطل حقه في العتق أصلاً فتجب القيمة بالغة ما بلغت وفيها إذا كاتبه على قيمته يعتق بأداء القيمة ، لأنه هو المبدل وأمكن اعتبار معنى العقد فيه وأثر الجهالة في الفساد ، بخلاف ما إذا كاتبه على ثوب حيث لا يعتق بأداء ثوب لأنه لا يوقف فيه على مراد العاقد لاختلاف أجناس الثوب فلا يثبت العتق بدون إرادته .

قال (وكذلك إن كاتبه على شيء بعينه لغيره لم يجوز) لأنه لا يقدر على تسليمه ومراذه شيء يتعين بالتميين حتى لو قال : كاتبتك على هذه الألف درهم ، وهي لغيره جاز لأنها لا تتعين في المعاوضات فيتمتع بدرام دين في النعمة فيجوز ، وعن أبي حنيفة رحمه الله في رواية الحسن رضى الله عنه أنه يجوز ، حتى إذا ملكه وسلمه يعتق ، وإن عجز رد في الرق لأن المسمى مال والقدرة على التسليم موهومة فأشبهه الصدق .

قلنا : إن العين في المعاوضات معقود عليه والقدرة على المعقود عليه شرط للصحة إذا كان العقد يحتمل الفسخ كما في البيع ، بخلاف الصداق في النكاح لأن القدرة على ما هو المقصود بالنكاح ليس بشرط فعل ما هو تابع فيه أولى ، فلو أجاز صاحب العين ذلك فعن محمد رحمه الله أنه يجوز ، لأنه يجوز البيع عند الإجازة فالكتابة أولى ، وعن أبي حنيفة رحمه الله أنه لا يجوز اعتباراً بحال عدم الإجازة على ما قال في الكتب والجامع بينهما أنه لا يفيد ملك المكاسب وهو المقصود ، لأنها تثبت الحاجة إلى الأداء منها ، ولا حاجة فيها إذا كان البدل عيناً معيناً والمسئلة فيه على ما بيناه وعن أبي يوسف رحمه الله أنه يجوز ، أجاز ذلك أو لم يجوز غير أنه عند الإجازة يجب تسليم عينه وعند علمها يجب

فيلزم قيمته كما في النكاح والجماع بينهما صحة التسمية لكونه مالا ، ولو ملك المكاتب ذلك العين ، فمن أبي حنيفة رحمه الله رواه أبو يوسف رحمه الله أنه إذا أدها لا يعتق ، وعلى هذه الرواية لم يتخذ العقد إلا إذا قال له : إذا أدبت إلى فانت حر فعينه يعتق بحكم الشرط وهكذا عن أبي يوسف رحمه الله ، وبع : أنه يعتق ، قال ذلك أو لم يقل لأن العقد يتخذ مع القصد لكون المسمى مالا فيعتق بأداء المشروط ، ولو كاتبه على حين في يد المكاتب فيه روايتان وهي مسقة للكتابة على الأحيان ، وقد حرف ذلك في الأصل وقد ذكرنا وجه الروايتين في كتابة المنهى .

قال (وإن كاتبه على مائة دينار على أن يرد المولى إليه عبدا بغير عيه فالكتابة فاسدة عند أبي حنيفة ومحمد ورحمهما الله ، وقال أبو يوسف رحمه الله : هي جائزة ويقسم المائة الدينار على قيمة المكاتب وعلى قيمة عبد وسط فيظل منها حصص العبد فيكون مكاتباً بما بقي) لأن العبد المطلق يصلح بدل الكتابة وينصرف إلى الوسط فكذلك يصلح مستثنى منه وهو الأصل في إبدال المفقود . ولما أنه لا يستثنى العبد من الدنانير وإنما تستثنى قيمته والقيمة لا تصاح بدلا فكنكك مستثنى .

قال (وإذا كاتبه على حيوان غير موصوف فالكتابة جائزة) استحسانا ، ومعناه أن يبين الجنس ولا يبين النوع والصفة (وينصرف إلى الوسط ويجبر على قبول القيمة) وقد في النكاح .

أما إذا لم يبين الجنس مثل أن يقول : دابة لا يجوز لأنه يشمل أجناسا مختلفة فتباحش الجهالة ، وإذا بين الجنس كالعبد والوصيف فالجهالة يسيرة . ومثلها يصحمل في الكتابة فحصر جهالة البذل بجهالة الأجل فيه . وقال الشافعي رحمه الله : لا يجوز ، وهو القياس لأنه معاوضة فأشبه البيع . ولأنه معاوضة مال بغير مال أو بمال لكن على وجه يسقط الملك فيه فأشبه النكاح ، والجماع أنه يعتق على المساعة ، بخلاف البيع لأن مباداه على الماكسة .

قال (وإذا كاتب النصراني عبده على خر فهو جائز) معناه إذا كان مقدارا معلوما والعبد كافرا لأنها مال في حقه بمنزلة النخل في حقنا (وأيهما أسلم فالعوى قيمة الخمر) لأن المسلم ممنوع عن تملك الخمر وتملكها وفي التسليم ذلك ، إذ الخمر غير معين ، فيجوز عن تسليم البذل فيجب عليه قيمتها . وهذا بخلاف ما إذا تابع الذميان خرا ثم

أسلم أحدهما حيث يفسد البيع على ما قاله البعض . لأن القيمة تصلح بدلا و الكتابة في الجملة فإنه لو كتب على وصيف وآتى بالقيمة يجبر على القبول ، فجاز أن يبقى العقد على القيمة . أما البيع فلا يتعقد صحيحا على القيمة فافترقا .

قال (وإذا قبضها عتق) لأن في الكتابة معنى المعاوضة ، فإذا وصل أحد الوضيعين إلى المولى سلم العوض الآخر للعبد وذلك بالعتق ، بخلاف ما إذا كان العبد مسلما حيث لم تجز الكتابة ، لأن المسلم ليس من أهل التزام الخلع ولو أداها عتق ، وقد بينه من قبل والله أعلم بالصواب .

باب ما يجوز للمكاتب أن يفعله

قال (ويجوز للمكاتب البيع والشراء والسفر) لأن موجب الكتابة أن يصير حرا يدا وذلك بمالكية التصرف مستبدا به تصرفا يوصله إلى مقصوده ، وهو نيل الحرية بأداء البدل ، والبيع والشراء من هذا القبيل ، وكذا السفر لأن التجارة ربما لا تنفق في الحضر ، فتحتاج إلى المسافرة ويملك البيع بالمحاباة ، لأنه من صنيع التجار فإن التاجر قد يحاج في صفقة ليربع في أخرى .

قال (فإن شرط عليه أن لا يخرج من الكوفة فله أن يخرج استحسانا) لأن هذا الشرط مخالف لمقتضى العقد ، وهو مالكية اليد على جهة الاستبداد وثبوت الاختصاص ، فعمل الشرط وصبغ العقد لأنه شرط لم يتمكن في صلب العقد ، ويمثله لا تفسد الكتابة ، وهذا لأن الكتابة تشبه البيع وتشبه النكاح فألحقناها بالبيع في شرط تمكن في صلب العقد كما إذا شرط خدمة مجهولة ، لأنه في البدل والنكاح في شرط لم يتمكن في صلبه ، هذا هو الأصل ، أو نقول إن الكتابة في جانب العبد إعتاق لأنه إسقاط الملك ، وهذا للشرط يخص العبد فاعتبر إعتاقا في حق هذا الشرط والإعتاق لا يبطل بالشروط الفاسدة .

قال (ولا يزوج إلا بإذن المولى) لأن الكتابة فك الحجر مع قيام الملك ضرورة للتوصل إلى المقصود والزواج ليس وسيلة إليه ويجوز بإذن المولى لأن الملك له (ولا يهب ولا يتصدق إلا بالشيء اليسير) لأن الهبة والصدقة تبرع وهو غير مالك لملكه إلا أن الشيء اليسير من ضرورات التجارة لأنه لا يجرد بدلا من ضيافة وإعارة ليجتمع عليه المهازون ، ومن ملك شيئا يملك ما هو من ضروراته وتوابعه (ولا يتكفل) لأنه تبرع محض فليس

من ضرورات التجارة والاكتساب ولا يملكه بتوحيه نفسا وما لا لأن كل ذلك تبرع (ولا يقرض) لأنه تبرع ليس من تواع الاكتساب (فإن وهب على عوض لم يصح) لأنه تبرع ابتداء (فإن زوج أمته جاز) لأنه اكتساب للمال فإنه يتملك به المهر فدخل تحت العقد .

قال (وكذلك إن كاتب عبده) والقياس أن لا يجوز ، وهو قول زفر والشافعي رحمهما الله ، لأن ماله العتق والمكاتب ليس من أهله كالإعتاق على مال ، وجه الاستحسان : أنه عقد اكتساب للمال فيملكه كتزويج الأمة وكالبيع ، وقد يكون هو أتمتع له من البيع لأنه لا يزيل الملك إلا بعد وصول البذل إليه والبيع يزيله قبله ، ولهذا يملكه الأب والوصى ، ثم هو يوجب للمملوك مثل ما هو ثابت له ، بخلاف الإعتاق على مال لأنه يوجب فوق ما هو ثابت له .

قال (إن أدى الثاني قبل أن يعتق الأول فولأؤه للمولى) لأن له فيه نوع ملك ، وتصح إضافة لإعتاق إليه في الجملة فإذا تعلر إضافته إلى مباشر العقد لعدم الأهلية أخيف إليه كما في العبد إذا اشترى شيئا ثبت الملك للمولى .

قال (ولو أدى الأول بعد ذلك وعق لا ينتقل الولاء إليه) لأن المولى جعل معتقا والولاء لا ينتقل عن المعتق (وإن أدى الثاني بعد عتق الأول فولأؤه له) لأن العاقد من أهل ثبوت الولاء وهو الأصل فيثبت له .

قال (وإن أعتق عبده على مال أو باعه من نفسه أو زوج عبده لم يميز) لأن هذه الأشياء ليست من الكسب ولا من توابعه . أما الأول : فلأنه إسقاط الملك عن رقبته وإثبات الدين في ذمة المفلس ، فأشبه الزوال بغير عوض ، وكذا الثاني : لأنه إعتاق على مال في الحقيقة . وأما الثالث : فلأنه تنقيص للعبد وتعييب له وشغل رقبته بالمهر والنفقة بخلاف تزويج الأمة لأنه اكتساب لاستفادته المهر على مامر .

قال (وكذلك الأب والوصى في رقيق الصغير بمنزلة المكاتب) لأنهما يملكان الاكتساب كالمكاتب ، ولأن في تزويج الأمة والكتابة نظرا له ولا نظر فيها سواهما والولاية نظرية .

قال (فأما المأذون له فلا يجوز له شيء من ذلك عند أبي حنيفة ومحمد ورحمهما الله ، وقال أبو يوسف رحمه الله : له أن يزوج أمته) وعلى هذا الخلاف المضارب والمقارن

والشريك شركة عنان ، هو قاسه على المكاتب واعتبره بالإجارة ، ولهما أد المأذون له بملك الإجارة وهذا ليس بتجارة ، فأما المكاتب فيمتلك الاكتساب وهذا اكتساب ولأنه مبادلة المال بغير المال ، فيعتبر بالكتابة دون الإجارة ، إذ هي مبادلة المال بالمال ، ولقد لا يملك هؤلاء كلهم تزويج العبد ، والله أعلم بالصواب .

فصل

قال (وإذا اشترى المكاتب أباه أو ابنه دخل في كتابته) لأنه من أهل أن يكتب وإن لم يكن من أهل الاعتاق فيجعل مكاتباً تحقيقاً للصلة بقدر الإمكان ، ألا ترى أن الحر متى كان يملك الاعتاق يمتنع عليه (وإذا اشترى ذا رحم محرم منه لأولاد له لم يدخل في كتابته عند أبي حنيفة رحمه الله ، وقال : يدخل) اعتباراً بقرابة الولاد ، إذ وجوب الصلة ينتظمهما ، ولهذا لا يفرقان في الحر في حق الحرية ، وله أن له مكاتب كسبا لا مملوكاً غير أن الكسب يكتفى للصلة في الولاد حتى إن القادر على الكسب يخاطب بنفقة الوالد والولد ولا يكتفى في غيرهما حتى لا نجب نفقة الأخ إلا على الموسر ، ولأن هذه قرابة توسطت بين بئى الأعمام وقرابة الولاد فألحقناها بالثاني في العتق وبالأول في الكتابة ، وهذا أولى لأن العتق أسرع نفوذاً من الكتابة حتى إن أحد الشريكين إذا كاتب كان للآخر فسخه وإذا أعتق لا يكون له فسخه .

قال (وإذا اشترى أم ولده دخل ولدها في الكتابة ولم يجوز بيعها) ومعناه إذا كان معها ولدها ، أما دخول الولد في الكتابة فلما ذكرناه ، وأما امتناع بيعها فلأنها تبع للولد في هذا الحكم . قال عليه الصلاة والسلام « أعتقها ولدها » وإن لم يكن معها ولدها فكذلك الجواب في قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله ، لأنها أم ولد خلافاً لأبي حنيفة رحمه الله ، وله أن القياس أن يجوز بيعها وإن كان معها ولد لأن كسب المكاتب موقوف ، فلا يتعاق به مالا يحتمل الفسخ إلا أنه ثبت به هذا الحق فيما إذا كان معها ولد تبعاً لثبوته في الولد بناء عليه ، وبدون الولد لو ثبت يثبت ابتداء والقياس ينفيه (وإن ولد له ولد من أمة له دخل في كتابته) لما بينا في المشتري (فكان حكمه كحكمه وكسبه له) لأن كسب الولد كسب كسبه ، ويكون كذلك قبل الدعوة فلا يتقطع بالدعوة اختصاصه (وكسبت إن ولدت المكاتب ولداً) لأن حق امتناع البيع ثابت فيها مؤكداً فيسرى إلى الولد كالتندير والاستيلاء .

قال (ومن زوج أمته من عبده ثم كاتبها فولدت منه ولدا دخل في كتابتها وكان كسبه لها) لأن تبعية الأم أرجح ، ولهذا يبيعها في الرق والحرية .

قال (وإن تزوج المكاتب بإذن مولاه امرأة زعمت أنها حرة ، فولدت منه ولدا ثم استحققت فأرلادها عبيد ولا يأخذهم بالقيمة ، وكذلك العبد يأذن له المولى بالتزويج ، وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله ، وقال محمد رحمه الله : أولادها أحرار بالقيمة) لأنه شارك الحر في سبب ثبوت هذا الحق وهو الغرور ، وهذا لأنه ما رغب في نكحها إلا لينال حرية الأولاد ، ولهما أنه مولودين زقيقين فيكون رقيقا ، وهذا لأن الأصل أن الولد يبيع الأم في الرق والحرية ، وخالفنا هذا الأصل في الحر بإجماع الصحابة رضي الله عنهم ، وهذا ليس في معناه لأن حق المولى هناك مجبور بقيمة ناجزة وههنا بقيمة متاخرة إلى ما بعد العتق فيبقى على الأصل ولا يلحق به .

قال (وإن وطئ المكاتب أمة على وجه الملك بغير إذن المولى ثم استحقها رجل فعليه العقر يؤخذ به في الكتابة ، وإن وطئها على وجه النكاح لم يؤخذ به حتى يعتق وكذلك المأذون له) ووجه الفرق : أن في الفصل الأول ظهر الدين في حق المولى ، لأن التجارة وتوايعها داخله تحت الكتابة ، وهذا العقر من توايعها ، لأنه لولا الشراء لما سقط الحد ومالم يسقط الحد لا يجب العقر ، أما لم يظهر في الفصل الثاني لأن النكاح ليس من الاكتساب في شيء فلا تنتظمه الكتابة كالكفالة .

قال (وإذا اشترى المكاتب جارية شراء فاسدا ثم وطئها فردها أخذ بالعقر في المكاتب ، وكذلك العبد المأذون له) لأنه من باب التجارة فإن التصرف تارة يقع صحيحا ومرة يقع فاسدا ، والكتابة والإذن ينتظمانه بنوعيه كالتوكيل فكان ظاهرا في حق المولى .

فصل

قال (وإذا ولدت المكاتب من المولى فهي بالخيار إن شاءت مضت على الكتابة وإن شاءت عجزت نفسها وصارت أم ولد له) لأنها تلقينا جهتا حرية عاجلة يبدل وأجلة بغير بدل ، فتخير بينهما (ونسب ولدها ثابت من المولى وهو حر) لأن المولى يملك الإعتاق في ولدها وماله من الملك يكفي لصحة الاستيلاء بالدعوة ، وإذا مضت على الكتابة أخذت العقر من مولاهما لاختصاصها بنفسها وبمنافعها على ما قلنا ، ثم إن مات المولى مضت بالاستيلاء وسقط عنها بدل الكتابة ، وإن ماتت هي وترك ما لا يؤدي به

مكاتبها وما بقي ميراث لابنها جريا على موجب الكتابة فإن لم تترك مالا فلا سعاية على الولد لأنه حر ، ولو ولدت ولدا آخر لم يلزم المولى ، إلا أن يدعى لحرمته وطئها عليه ، فلو لم يدع وماتت من غير وفاء سعى هذا الولد لأنه مكاتب بها له ، فلو مات المولى بعد ذلك عتق وبطل عنه السعاية لأنه بمنزلة أم الولد إذ هو ولدها فتيبها .

قال (وإذا كاتب المولى أم ولده جاز) لحاجتها إلى استفادة الحرية قبل موت المولى وذلك بالكتابة ولا تنافي بينهما لأنه تلقى جهتا حرية (فإن مات المولى عتقت بالاستيلاء) لتعنى عتقها بموت السيد (وسقط عنها بدل الكتابة) لأن الغرض من إيجاب البدل العتق عند الأداء ، فإذا عتقت قبله لم يمكن توفير الغرض عليه فسقط وبطلت الكتابة لامتناع إيقاعها من غير فائدة ، غير أنه تسلم لها الأكساب والأولاد لأن الكتابة انفسخت في حق البدل وبقيت في حق ، والأكساب والأولاد لأن القسخ لنظرها والنظر فيها ذكرناه ، ولو أدت المكاتبية قبل موت المولى عتقت بالكتابة لأنها باقية .

قال (وإن كاتب مدبرته جاز) لما ذكرنا من الحاجة ولا تنافي إذ الحرية غير ثابتة ، وإنما الثابت مجرد الاستحقاق (وإن مات المولى ولا مال غيرها فهي بالخيار بين أن تسمى في ثلثي قيمتها أو جميع مال الكتابة) وهذا عند أبي حنيفة ، وقال أبو يوسف رحمه الله : تسمى في الأهل منها ، وقال محمد رحمه الله : تسمى في الأكل من ثلثي قيمتها وثلثي بدل الكتابة ، فالخلاف في الخيار والمقدار فأبو يوسف مع أبي حنيفة رحمه الله في المقدار ومع محمد رحمه الله في نفي الخيار ، أما الخيار ففرع تجزؤ الإعتاق ، والإعتاق عنده لما تجزأ بقي الثلاثان رقيقا وقد تلقاها جهتا حرية بيدلين معجل بالتدبير ومؤجل بالكتابة ، فتخير خنده ، وعندها لما عتق كلها بعتق بعضها ، فهي حرة وجب عليها أحد المائتين فتختار الأقل لا محالة فلا معنى للتخير ، وأما المقدار فلمحمد رحمه الله أنه قابل البدل بالكل وقد سلم لما التث بالتدبير فنحال أن يجب البدل بمقابلته ، ألا ترى أنه لو سلم لها الكل بأن خرجت من الثلث يسقط كل بدل الكتابة ، فهنا يسقط الثلث وصار كما إذا تأخر التدبير عن الكتابة ، ولما أن جميع البدل مقابل بثلثي رقبته فلا يسقط منه شيء ، وهذا لأن البدل وإن قوبل بالكل صورة وصيغة لكنه مفيد بما ذكرنا معنى وإرادة ، لأنها استحققت حرية الثلث ظاهرا ، والظاهر أن الإنسان لا يلزم المال بمقابلة ما يستحق حريته وصار هذا كما إذا طلق لمرأته ثنتين ثم طلقها ثلاثا حل ألف كان جميع الألف بمقابلة

الواحدة الباقية لدلالة الإرادة كذا ههنا ، بخلاف ما إذا تقدمت الكتابة ، وهي المسئلة التي تليه ، لأن البذل مقابل بالكل إذ لا استحقاق عنده في شيء فافترقا .

قال (وإن دبر مكانيته صح التدبير) لما بينا (ولما انخيار إن شئت مضت على الكتابة وإن شئت عجزت نفسها وصارت مدبرة) لأن الكتابة أيسر بلازمة في جانب المملوك ، فإن مضت على كتابتها فأت المولى ولا مال له غيرها فهي بالخيار إن شئت سعت في ثلثي مال الكتابة أو ثلثي قيمتها عند أبي حنيفة رحمه الله ، وقالوا نسي في الأقل منهما فالحلاف في هذا الفصل في الخيار بناء على ما ذكرنا ، أما المقدار فمضى عليه ووجهه ما بينا .

قال (وإذا أعتق المولى مكانه عتق بإعتاقه) لقيام ملكه فيه (وسقط بدل الكتابة) لأنه ما للزومه إلا مقابلا بالعتق وقد حصل له دونه فلا يلزمه والكتابة وإن كانت لازمة في جانب المولى ، ولكنه يفسخ برضا العبد والظاهر رضا توسلا إلى عتقه بغير بدل مع سلامة الأكساب له ، لأننا نبقى الكتابة في حقه .

قال (وإن كاتبه على ألف درهم إلى سنة فصالحه على خمسمائة معجلة فهو جائز) استحسانا . وفي القياس لا يجوز لأنه اعتياض عن الأجل وهو ليس بمال ، والدين مال فكان ربا ولهذا لا يجوز مثله في الحر ومكاتب الغير ، وجه الاستحسان : أن الأجل في حق المكاتب مال من وجه لأنه لا يقدر على الأداء إلا به ، فأعطى له حكم المال وبدل الكتابة مال من وجه حتى لا تنصح الكفالة به ، فاعتدلا فلا يكون ربا ، ولأن عقد الكتابة عقد من وجه دون وجه ، والأجل ربا من وجه فيكون شبه الشبهة ، بخلاف العقد بين الحرين لأنه عقد من كل وجه فكان ربا والأجل فيه شبهة .

قال (وإذا كاتب المريض عبده على أثنى درهم إلى سنة وقيمت ألف ثم مات ولا مال له غيره ولم تجز الورثة فإنه يؤدي ثلثي الألفين حالا والباقي إلى أجله أو يرد رقيقا عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله ، وقال محمد رحمه الله : يؤدي ثلثي الألف حالا والباقي إلى أجله) لأن له أن يترك الزيادة بأن يكاتبه على قيمته ، فله أن يؤخرها وصار كما إذا خالع المريض امرأته على ألف إلى سنة جاز لأن له أن يطلقها بغير بدل ، ولهما أن جميع المسمى بدل الرقبة ، حتى أجرى عليها أحكام الأبدال وحق الورثة متعلق بالبدل ، فكنا بالبدل والتأجل إسقاط معنى ، فيعتبر من ثلث الجميع بخلاف الخلع لأن البذل فيه لا يقابل المال ، فلم يتعلق حق الورثة بالبدل ، فلا يتعلق بالبدل ونظير هذا : إذا باع المريض داره

بثلاثة آلاف إلى سنة وقيمتها ألف ثم مات ولم تجز الورثة فعندهما يقال للمشتري أدعى
جميع الثمن حالا والثالث إلى أجله وإلا فاقض البيع ، وعنده يعتبر الثلث بقدر القيمة لا فيما
زاد عليه لما بينا من المعنى .

قال (وإن كاتبه على ألف إلى سنة وقيمته ألفان ولم تجز الورثة يقال له أد ثلثي القيمة
حالا أو ترد رقيقا في قولهم جميعا) لأن المحاباة ههنا في القدر والتأخير فاعتبر الثلث فيها .

باب من يكاتب عن العبد

قال (وإذا كاتب الحر عن عبد بألف درهم فإن أدى عنه حق وإن بلغ العبد قبل
فهو مكاتب) وصورة المسئلة أن يقول الحر لمولى العبد كاتب عبدك على ألف درهم على
أنى إن أدبت إليك ألفا فهو حر فكاتبه المولى على هذا فيعتق بأدائه بحكم الشرط ، وإذا
قبل العبد صار مكاتبا لأن الكتابة كانت موقوفة على إحازته ، وقوله إجارة ولو لم يقل
على أنى إن أدبت إليك ألفا فهو حر فأدى لا يمتنع قياسا ، لأنه لا شرط والعقد وقوف
على إجارة العبد ، وفي الاستحسان يعتق لأنه لا ضرر للعبد الغائب في تعليق العتق بأدائه
القائل فيصح في حق هذا الحكم ويتوقف في حق لزوم الألف على العبد . وقبل هذه هي
صورة مسألة الكتاب (ولو أدى الحر البذل لا يرجع على العبد) لأنه متبرع .

قال (وإذا كاتب العبد عن نفسه وعن عبد آخر لمولاه وهو غائب فإن أدى الشاهد
أو الغائب عتقا) ومعنى المسئلة أن يقول العبد كاتبني بألف درهم على نفسي وعلى فلان
الغائب ، وهذه الكتابة جائزة استحسانا ، وفي القياس يصح على نفسه لولايته عليها ،
ويتوقف في حق للغائب لعدم الولاية عليه ، وجه الاستحسان : أن الحاضر بإضافة العقد
إلى نفسه ابتداء جعل نفسه فيه أصلا والغائب تبعاً ، والكتابة على هذا الوجه مشروعة
كالأمة إذا كوتبت دخل أولادها في كتابتها تبعاً حتى عتقوا بأدائها ريس عليهم من البذل
شيء ، وإذا أمكن تصحيحه على هذا الوجه ينفرد به الحاضر فله أن يأخذه بكل البذل ،
لأن البذل عليه لكونه أصلا فيه ، ولا يكون على الغائب من البذل شيء لأنه تبع فيه .

قال (وأيهما أدى عتقا ويجز المولى على القبول) لما الحاضر بلأن البذل عليه ، وأما
الغائب فلائنه ينال به شرف الحرية ، وإن لم يكن البذل عليه ، وصار كعبر الرهن إذا أدى
للدين يجبر المرتين على القبول لحاجته إلى استخلاص عينه وإن لم يكن الدين عليه .

قال (وأيهما أدى لا يرجع على صاحبه) لأن الحاضر قضى ديننا عليه والغائب متبرع به فهو مضطر إليه .

قال (وليس للمولى أن يأخذ العبد الغائب بشيء) لما بينا (فإن قبل العبد الغائب أن لم يقبل فليس ذلك منه بشيء ، والكتابة لازمة للشاهد) لأن الكتابة نافذة عليه من غير قول الغائب فلا تتغير بقوله كمن كفل عن غيره بغير أمره فبلغه فأجازه لا يتغير حكمه حتى لو أدى لا يرجع عليه كذا هذا .

قال (وإذا كتبت الأمة عن نفسها وعن ابنين لها صغيرين فهو جائز وأبهم أدى لم يرجع على صاحبه ويجبر المولى على القبول ويمتصون) لأنها جعلت نفسها أصلا في الكتابة وأولادها تبعاً على ما بينا في المسئلة الأولى وهي أولى بذلك من الأجنبية ، والله أعلم بالصواب .

باب كتابة العبد المشترك

قال (وإذا كان العبد بين رجلين أذن أحدهما لصاحبه أن يكتب نصيبه بألف درهم ويقبض بدل الكتابة فكانت قبض بعض الألف ثم عجز ، فالمال الذي قبض عند الجديفة رحه الله ، وقالوا : هو مكاتب بينهما وما أدى فهو بينهما) وأصله أن الكتابة تنجزه عنده خلافاً لما بمنزلة الاعتاق لأنها تفيد الحرية من وجه فتقتصر على نصيبه عنده للتعجز وقاله الإذن : أن لا يكون له حق الفسخ كما يكون له إذا لم يأذن ، وإذنه له بقبض البدل إذن للعبد بالأداء ، فيكون متبرعاً بنصيبه عليه فللهذا كان كل المقبوض له ، وعندهما الإذن بكتابة نصيبه إذن بكتابة الكل لعدم التعجز فهو أصيل في النصف وكيل في النصف فهو بينهما والمقبوض مشترك بينهما فيبقى كذلك بعد العجز .

قال (وإذا كانت جارية بين رجلين كاتبهما ، فوطئها أحدهما فجاءت بولد فأدعاه ثم وطئ الآخر فجاءت بولد فأدعاه ، ثم عجزت فهي أم ولد للأول) لأنه لما أدى لهما فولد صحت دعوته لقيام الملك له فيها ، وصار نصيبه أم ولد له لأن المكاتب لا تقبل النقل من ملك إلى ملك فتصير أمومية الولد على نصيبه كما في المدبرة المشتركة ، وإذا أدى الثاني ولدها الأخير صحت دعوته لقيام ملكه ظاهراً ، ثم إذا عجزت بعد ذلك جعلت الكتابة كأن لم تكن وتبين أن الجارية كلها أم ولد للأول لأنه زال المانع من الاتصال ووطؤه سابق .

قال (ويضمن لشريكه نصف قيمتها) لأنه تملك نصيبه لما استكمل الاستيلاء .

قال (ونصف عقرها) لو طه جارية مشتركة .

قال (ويضمن شريكه كمال عقرها وقيمة الولد ويكون ابنه) لأنه بمنزلة المهرور ، لأنه حين وطئها كان ملكه قائما ظاهرا وولد المهرور ثابت النسب منه حر بالقيمة على ما عرف ولكنه وطئ أم ولد الغير حقيقة فيلزمه كمال المقر .

قال (وأيهما دفع المقر إلى المكاتبه جاز) لأن الكتابة مادامت باقية فحق القبض لها لاختصاصها بمنافعها وابدالها ، وإذا عجزت ترد المقر إلى المولى لظهور اختصاصه (وهذا) الذى ذكرنا (كله قول أبى حنيفة رحمه الله ، وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله : هى أم ولد للأول ، ولا يجوز وطء الآخر) لأنه لما ادعى الأول الولد صارت كلها أم ولد له لأن أمومية الولد يجب تكميلها بالإجماع ما أمكن وقد أمكن بفسخ الكتابة ، لأنها قابلة للفسخ فتفسخ فيها لا تتضرر به المكاتبه ، ونبقى الكتابة فيها وراه ، بخلاف التديير ، لأنه لا يقبل الفسخ وبخلاف بيع المكاتب ، لأن فى تجوزها إبطال الكتابة إذ المشتري لا يرضى ببقائه مكاتباً ، وإذا صارت كلها أم ولد له فالثانى وطئ أم ولد الغير .

قال (فلا يثبت نسب الولد منه ولا يكون حراً عليه بالقيمة) غير أنه لا يجب الحد عليه للشبهة .

قال (ويلزمه جميع المقر) لأن الوطء لا يعبر عن إحدى الفرائض ، وإذا بقيت الكتابة وصارت كلها مكاتبه له ، قبل يجب عليها نصف بدل الكتابة لأن الكتابة انفسخت فيها لا تتضرر به المكاتبه ولا تتضرر بسقوط نصف البدل ، وقبل يجب كل البدل ، لأن الكتابة لم تنسخ إلا فى حق التملك ضرورة فلا يظهر فى حق سقوط نصف البدل ، وفى إبقائه فى حقه نظر للمولى ، وإن كان لا تتضرر المكاتبه بسقوطه والمكاتبه هى التى تعطى المقر لاختصاصها بإبدال منافعها ، ولو عجزت وردت فى الفرق ترد إلى المولى لظهور اختصاصه على ما بينا .

قال (ويضمن الأول لشريكه فى قياس قول أبى يوسف رحمه الله نصف قيمتها مكاتبه) لأنه تملك نصيب شريكه وهى مكاتبه فيضمنه موسراً كان أو ميسراً لأنه ضمان التملك .

قال (وفي قول محمد رحمه الله يضمن الأقل من نصف قيمتها ، ومن نصف ما بقي من بدل الكتابة) لأن حق شريكه في نصف الرقبة على اعتبار العجز وفي نصف البدل على اعتبار الأداء فللتردد بينهما يجب أقلهما .

قال (وإذا كان الثاني لم يطأها ولكن دبرها ثم عجزت بطل التدبير) لأنه لم يصادف للملك ، أما عندهما فظاهر لأن المستولد تملكها قبل العجز ، وأما عند أبي حنيفة رحمه الله فظاهر بالعجز تبين أنه تملك نصيبه من وقت الوطء ، فتبين أنه مصادف ملك غيره والتدبير يعتمد الملك بخلاف النسب لأنه يعتمد الفروغ على ما مر .

قال (وهي أم ولد الأول) لأنه تملك نصيب شريكه وكل الاستيلاد على ما بينا .

قال (ويضمن لشريكه نصف عقرها) لو طه جارية مشتركة .

قال (ونصف قيمتها) لأنه تملك نصفها بالاستيلاد وهو تملك بالقيمة .

قال (والولد ولد الأول) لأنه صححت دعوته لقيام المصحح وهذا قولهم جميعا ، ووجهه ما بينا .

قال (وإن كانا كاتباهما ثم أعتقها أحدهما وهو موسر ثم عجزت يضمن المعتق لشريكه نصف قيمتها ويرجع بذلك عليها عند أبي حنيفة رحمه الله ، وقالوا : لا يرجع عليها) لأنها لما عجزت وردت في الرق نصير كأنها لم تزل قفة . والجواب فيه على الخلاف في الرجوع وفي الحيارات وغيرها كما هو مسئله تجزؤ الإعتاق وقد قررناه في الإعتاق ، فأما قبل العجز ليس له أن يضمن المعتق عند أبي حنيفة رحمه الله ، لأن الإعتاق لما كان يتجزأ عنده كان أثره أن يجعل نصيب غير المعتق كالمكاتب ، فلا يتغير به نصيب صاحبه لأنها مكاتبه قبل ذلك ، وعندهما لما كان لا يتجزأ يعتق الكل فله أن يضمه قيمة نصيبه مكانا إن كان موسرا ويستسمى العبد إن كان معسرا . لأنه ضمان إعتاق فيختلف باليسار والإعصار .

قال (وإذا كان العبد بين رجلين دبره أحدهما ثم أعتقه الآخر وهو موسر ، فإن شاء الذي دبره ضمن المعتق نصف قيمته مدبرا ، وإن شاء استسمى العبد ، وإن شاء أعتق ، وإن أعتقه أحدهما ثم دبره الآخر لم يكن له أن يضمن المعتق ، ويستسمى العبد أو يعتق ، وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله) ووجهه : أن التدبير يتجزأ عنده فتدبير أحدهما يقتصر على نصيبه لكن يفسد به نصيب الآخر فيثبت له خبرة الإعتاق والتضمين والاستملاء والاستملاء كما هو مذهبه . فإذا أعتق لم يبق له خيار التضمين والاستملاء وإعتاقه يقتصر على نصيبه لأنه

يتجزأ عنده ، ولكن يفسد به نصيب شريكه فله أن يضمته قيمة نصيبه ، وله خيار العتق والاستسعاء أيضا كما هو مذهبه ويضمته قيمة نصيبه مدبرا ، لأن الإعناق صادف المدبر ، ثم قيل : قيمة المدبر تعرف بتقويم المقومين ، وقيل : يجب ثلثا قيمته وهو قرن لأن المنافع أنواع ثلاثة : البيع وأشباؤه ، والاستخدام وأمثاله ، والإعناق وتوابعه ، وانتهت البيع فيسقط الثلث ، وإذا ضمته لا يتملكه بالضمان لأنه لا يقبل الانتقال من ملك إلى ملك كما إذا غصب مدبرا فأبقى ، وإن أعتقه أحدهما أولا كان للآخر الخيارات الثلاثة عنده ، فإذا دبره لم يبق له خيار التضمين وبقى خيار الإعناق والاستسعاء لأن المدبر يعتق ويستعسى (وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله : إذا دبره أحدهما فعتق الآخر باطل) لأنه لا يتجزأ عندهما فيتملك نصيب صاحبه بالتدبير .

قال (وبضمن نصف قيمته موسرا كان أو معسرا) لأنه ضمان تملك فلا يختلف باليسار والإعسار ، وبضمن نصف قيمته قنا لأنه صادف التدبير وهو قرن .
قال (وإن أعتقه أحدهما فتدبير الآخر باطل) لأن الإعناق لا يتجزأ ، فعتق كله فلم يصادف التدبير الملك وهو يعتمد .

قال (وبضمن نصف قيمته إن كان موسرا) ويسمى المبد في ذلك إن كان معسرا ، لأن هذا ضمان الإعناق فيختلف ذلك باليسار والإعسار عندهما والله أعلم .

باب موت المكاتب وعجزه وموت المولى

قال (وإذا عجز المكاتب عن نجم نظر الحاكم في حاله ، فإن كان له دين يقبضه أو مال يقدم عليه لم يعجل بتعجيله وانتظر عليه اليومين أو الثلاثة) نظرا للجائنين ، والثلاثة هي المدة التي ضربت لإبلاء الأعذار كإمهال الخدم للدفع والمديون للقضاء فلا يزداد عليه .

قال (فإن لم يكن له وجه وطلب المولى تعجيله عجزه وفسخ الكتابة ، وهذا عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله ، وقال أبو يوسف رحمه الله : لا يعجزه حتى يتوالى عليه نجمان) لقول علي رضي الله عنه : إذا توالى على المكاتب نجمان رد في الرق حلقه بهما الشرط ، ولأنه عقد لإزفاق حتى كان أحسنه مؤجله وحالة الوجوب بعد حلول نجم ، فلا بد من إمهال مدة استيسار ، وأولى المدد مانوفاً عليه العاقدان ، ولهما أن سبب الفسخ قد تحقق وهو المعجز لأن من عجز عن أداء نجم واحد يكون أعجز عن أداء نجم . وهذا

لأن مقصود المولى الوصول إلى المال عند حلول نجم ، وقد فات فيفسخ إذا لم يكن راضيا بدونه ، بخلاف اليومين والثلاثة لأنه لا بد منها لإمكان الأداء فلم يكن تأخيرا ، والآثار متعارضة فلا مروى عن ابن عمر رضي الله عنهما : أن مكاتبة له عجزت عن أداء نجم واحد فردھا سقط الاحتجاج بها .

قال (فإن أخل بنجم عند غير السلطان سجر مرده مولاه رضاء فهو جائز) لأن الكتابة تفسخ بالتراضي من غير عذر فبالعذر أولى .

قال (ولو لم يرض به العبد لا بد من القضاء بالفسخ) لأنه عقد لازم تام فلا بد من القضاء أو الرضاء كالرد بالعيب بعد القبض .

قال (وإذا عجز المكاتب عاد إلى أحكام الرق) لانفساخ الكتابة (وما كان في يده من الأكساب فهو لمولاه) لأنه ظهر أنه كسب عبده ، وهذا لأنه كان موقوفا عليه أو على مولاه وقد زال التوقف .

قال (فإن مات المكاتب وله مال لم يفسخ الكتابة وقضى ما عليه من ماله وحكم بعضه في آخر جزء من أجزاء حياته ، وما بقى فهو ميراث لورثته ويعتق أولاده) وهذا قول حنّ وابن مسعود رضي الله عنهما ، وبه أخذ علماؤنا رحمهم الله ، وقال الشافعي رحمه الله : تبطل الكتابة ويموت عبدا وما تركه لمولاه ، وإمامه في ذلك زيد بن ثابت رضي الله عنه ، ولأن المقصود من الكتابة عقده وقد تعذر إثباته فبطل ، وهذا لأنه لا يخلو إما أن يثبت بعد الممات مقصودا أو يثبت قبله أو يعلمه مستندا لوجه إلى الأول لعدم المحلية ، ولا إلى الثاني لفقد الشرط وهو الأداء ، ولا إلى الثالث لتعذر الثبوت في الحال والشيء ثبت ثم يستند . ولنا أنه عقد معاوضة ولا يبطل بموت أحد المتعاقدين وهو المولى ، فكذا بموت الآخر . والجامع بينهما الحاجة إلى إبقاء العقد لإحياء الحق بطل أولى ، لأن حقه أكد من حق المولى حتى لزم العقد في جانب المولى وأنى له السكينة منه للمملوكية فينزل حيا تقديرا أو تستند الحرية باستناد سبب الأداء إلى ما قبل الموت ويكون أدله خلفه كأدائه ، وكل ذلك يمكن على ما عرف تمامه في الخلافات .

قال (وإن لم يترك وفاء وترك ولدا مولودا في الكتابة سعى في كتابة أبيه على نجومه ، وإذا أدى حكمتا بعت أبيه قبل موته وصح الولد) لأن الولد داخل في كتابته وكسبه ككسبه فيختلف في الأداء وصار كما إذا ترك وفاء (وإن ترك ولدا مشترا في الكتابة قبل له إما أن تزوى بطل الكتابة حالة أو تزود رقبيا) وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله ،

أما عندهما يؤديه إلى أجله اعتبارا بالولد المولود في الكتابة ، والجامع أنه بكتاب عليه تبعاه ، ولهذا يملك الأولي إعتاقه بخلاف ماثر أ كسابه . ولأبي حنيفة رحمه الله وهو الفرق بين الصليين أن الأجل يثبت شرطا في العقد فيثبت في حق من دخل تحت العقد والمشتري لم يدخل لأنه لم يضاف إليه العقد ولا يسرى حكمه إليه لانفصاله ، بخلاف المولود في الكتابة لأنه متصل وقت الكتابة فيسرى الحكم إليه وحيث دخل في حكمه سعى في نجومه (فإن اشترى ابنه ثم مات وترك وفاء ورثه ابنه) لأنه لما حكم بحريته في آخر جزء من أجراء حياته بحكم بحرية ابنه في ذلك الوقت ، لأنه تبع لأبيه في الكتابة فيكون هذا حرا يرث عن حر (وكذلك إن كان هو وابنه مكاتيين كتابة واحدة) لأن الولد إن كان صعبا فهو تبع لأبيه وإن كان كبيرا جملا كشخص واحد ، فإذا حكم بحرية الأب يحكم بحريته في تلك الحالة على ما مر .

قال (وإن مات المكاتب وله ولد من حرة وترك ديناً وفاء بمكاتبته فجنى الولد ففرض به على عاقلة الأم لم يكن ذلك قضاء بعجز المكاتب) لأن هذا القضاء يقرر حكم الكتابة ، لأن من قضيتها إلحاق الولد بموالي الأم وإيجاب العقل عليهم لكن على وجه يحتمل أن يعق فيعجز الولاء إلى موالى الأب ، والقضاء بما يقرر حكمه لا يكون تعجيزا (وإن اختصم موالى الأم وموالى الأب في ولائه ففرض به لموالى الأم فهو قضاء بالعجز) لأن هذا اختلاف في الولاء مقصودا ، وذلك يبنى على بقاء الكتابة ونقضها ، فإنها إذا فسخت مات عبدا واستقر الولاء على موالى الأم ، وإذا بقيت واتصل بها الأداء مات حرا وانتقل الولاء إلى موالى الأب وهذا فصل مجتهد فيه فيتمتع ما يلاقيه من القضاء فلهذا كان تعجيزا .

قال (وما أدى المكاتب من الصدقات إلى مولاه ثم عجز فهو طيب للمولى لتبديل الملك) فإن العبد بتسليمه صدقة والمولى عوضا عن العتق وإليه وقعت الإشارة النبوية في حديث بريرة رضي الله عنها : « هي لها صدقة ولنا هدية » . وهذا بخلاف ما إذا أباح للعتي والمهاشمي ، لأن الأباح له يتناوله على ملك المبيع فلم يتبدل الملك فلانطويه ، ونظيره المشتري شراء فاسدا إذا أباح أخيره لا يطيب له ولو ملكه يطيب ، ولو عجز قبل الأداء إلى المولى فيكذلك إيجاب ، وهذا عند محمد رحمه الله ظاهر ، لأن بالعجز يتبدل الملك عنده وكما عند أبي يوسف رحمه الله ، وإن كان بانعجز يقرر ملك المولى عليه لأنه لاحت في نفس

الصدقة وإنما انطبث في فعل الآخذ لكونه إذلالا به ، ولا يجوز ذلك للغنى من غير حاجة وللهاشمي لزيادة حرمة والآخذ لم يوجد من المولى فصار كان السبيل إذا وصل إلى وطنه والمقبر إذا استغنى وقد بقي في أيديهما ما أخذا من الصدقة فإنه يطيب لهما ، وعلى هذا إذا اعتق المكاتب واستغنى يطيب له ما بقي من الصدقة في يده .

قال (وإذا جنى العبد فكاتبه مولاه ولم يعلم بالحماية ثم عجز فإنه يدفع أو يفدى) لأن هذا موجب جنابة العبد في الأصل ولم يكن عالما بالجنابة عند الكتابة حتى يصير محنارا لنفسه إلا أن الكتابة مانعة من الدفع فإذا زال عاد الحكم الأصل (وكذلك إذا جنى المكاتب ولم يقض به حتى عجز) لما بينا من زول المانع (وإن قضى به عليه في كتابته ثم عجز فهو دين يباع فيه) لا انتقال الحق من الرقبة إلى قيمته بالقضاء ، وهذا قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله ، وقد رجح أبو يوسف رحمه الله إليه ، وكان يقول أولا يباع فيه ، وإن عجز قبل القضاء ، وهو قول زفر رحمه الله ، لأن المانع من الدفع وهو الكتابة قائم وقت الحماية ، فكما وقت انقضت موجبة للقيمة كما في جنابة المذبر وأم الولد . ولنا أن المانع قابل للزوال للتردد ولم يثبت الانتقال في الحال فيتوقف على القضاء أو الرضا ، وصار كالعبد المبيع إذا أبق قبل القبض يتوقف الفسخ على القضاء لتردده واحتمال عوده كذا هذا ، بخلاف التدبير والاستيلاء لأنهما لا يقبلان الزوال بحال .

قال (وإذا مات مولى المكاتب لم تنسخ الكتابة) كيلا يؤدي إلى إبطال حق المكاتب إذ الكتابة سبب الحرية وسبب حق المراه حقه (وقيل له أد المال إلى ورثة المولى على مجموعه) لأنه استحق الحرية على هذا الوجه والسبب انقضى كذلك فيبقى بهذه الصفة ولا يتغير إلا أن الورثة يخفون في الاستيفاء .

(فإن أعتقه أحد الورثة لم ينفذ عتقه) لأنه لم يملكه ، وهذا لأن المكاتب لا يملك بشار أسباب الملك فكذا بسبب الورثة ، وإن أعتقوه جميعا عتق وسقط عنه بدل الكتابة لأنه يصير إراء عن بدل الكتابة فإنه حقهم وقد جرى فيه الإرث ، وإذا يرى المكاتب عن بدل الكتابة يعتق ، كما إذا أبراه المولى إلا أنه إذا أعتقه أحد الورثة لا يصير إراء عن نصيبه لأننا نجعله إراء اقتضاء تصحيحا لعتقه والعتق لا يثبت بإراء البعض أو أذاته في المكاتب لأن بعضه ولا في كله ولا وجه إلى إراء الكل لحق بقية الورثة ، والله أعلم .

كتاب الولاء

الولاء نوعان : ولأء عتاقه ويسمى ولأء نعمة ، وسببه العتق على ملكه فى الصبح ، حتى لو عتق قريبه عليه بالوراثه كان الولاء له . وولأء مولأء وسببه العقد ، ولأءذا يقال : ولأء العتاقه ، وولأء الموالأءه : والحكم يضاف إلى سببه ، والمعنى فيها التناصر ، وكانت العرب تتناصر بأشياء وقرر النبى عليه الصلاة والسلام تناصرهم بالولأء بنوعيه ، فقال : « إن مولى القوم منهم وحليفهم منهم » والمراد بالحليف مولى المولأء لأنهم كانوا يؤكدون للمولأء بالحلف .

قال (وإذا أعتق المولى مملوكه فولأؤه له) لقوله عليه الصلاة والسلام « الولأء لمن أعتق » ولأن التناصر به فيعقله ، وقد أحياء معنى بإزالة الرق عنه فرأه ويصير الولأء كالولأء ولأن الغم بالغرم ، وكذلك المرأء تعتق لما رويتا ومات معتق لابنة حمزة رضى الله عنهما عما وعن بنت فجعل النبى عليه الصلاة والسلام المال بينهما نصفين ، ويستوى فيه الإعناق مما وبغيره لإخلاق ما ذكرناه .

قال (فإن شرط أنه سائبة فالشرط باطل والولأء لمن أعتق) لأن الشرط مخالف للنص فلا يصح .

قال (وإذا أدى المكاتب عتق والولأء للمولى وإن عتق بعد موت المولى) لأنه عتق عليه بما بأشر من السبب وهو الكتابة وقد قرأناه فى المكاتب (وكذا العبد الموصى بعتقه أو بشرائه وعتقه بعد موته) لأن فعل الموصى بعد موته كفعله والتركة على حكم ملكه (وإن مات المولى عتق مدبروه وأمهاة أولأءه) لما بينا فى العتاق (وولأؤهم له) لأنه أعضهم بالتدبير والاستيلاء .

(ومن ملك ذا رحم محرم منه عتق عليه) لما بينا فى العتاق (وولأؤه له) لوجود السبب وهو العتق عليه (وإذا تزوج عبد رجلأمة لآخر فأعتق مولى الأمة الأمة ومى حامل من العبد عتقت وعتق حملها وولأء الحمل لمولى الأم لا ينتقل عنه أبدا) لأنه عتق على مولى الأم مقصودا إذ هو جزء منها يقبل الإعناق مقصودا فلا ينتقل ولأؤه عنه محملا بما رويتا (وكذلك إذا ولدت ولدا لأقل من ستة أشهر) لتيقن بقيام الحمل وقت الإعناق (أو ولعت ولدين أحدهما لأقل من ستة أشهر) لأنها توأمان يتعلقان معا ، وهذا بخلاف

ما إذا والت رجلا وهي حبل والزوج والى غيره ، حيث يكون ولاء الولد لمولى الأب لأن
الجنين غير قابل لهذا الولاء مقصودا لأن تمامه بالإيجاب والقبول وهو ليس بمحل له .

قال (فإن ولدت بعد عتها لأكثر من سنة أشهر ولدا فولأه لمولى الأم) لأنه حتى
تبعا للأم لاتصاله بها بعد عتها فيتبعها في الولاء ولم يبقين بقيامه وقت الإعناق حتى يمتنع
مقصودا (فإن أعتق الأب جراً ولاء ابنه ، وانتقل عن مولى الأم إلى مولى الأب) لأن
العتق ههنا في الولد يثبت تبعا للأم بخلاف الأول وهذا لأن الولاء بمنزلة النسب . قال عليه
السلام والصلوة والسلام : الولاء لحمه كلحمته النسب لا يبيع ولا يوهب ولا يورث ، ثم النسب إلى
الأباء فكنذلك الولاء ، والنسبة إلى مولى الأم كانت لعدم أهمية الأب ضرورة ، فإذا صار
أملا عاد الولاء إليه كولد الملاعة ينسب إلى قوم الأم ضرورة ، فإذا كذب الملاعن نفسه
ينسب إليه ، بخلاف ما إذا أعتقت المعتدة عن موت أو طلاق فجاءت بولد لأقل من سنتين
من وقت الموت أو الطلاق حيث يكون الولد مولى لمولى الأم وإن أعتق الأب لتعلم
إضافة العلوق إلى ما بعد الموت ، والطلاق البائن لحمة الوطء وبعد الطلاق الرجعي لما أنه
يصير مرجعا بالشك فأسند إلى حالة النكاح فكان الولد موجودا عند الإعناق
فعتق مقصودا .

(وفي الجامع الصغير : وإذا تزوجت معتقة بعد فولدت أولادا فجنى الأولاد فعقلهم
على مولى الأم) لأنهم عتقوا تبعا لأهمهم ولا عاقلة لأبيهم ولا مولى فألحقوا بمولى الأم
ضرورة كما في ولد الملاعة على ما ذكرنا (فإن أعتق الأب جراً ولاء الأولاد إلى نفسه)
لما بينا (ولا يرجعون على عاقلة الأب بما عقلوا) لأنهم حين عقلوه كان الولاء ثابتا لهم وإنما
يثبت للأب مقصودا لأن سببه مقصود وهو العتق بخلاف ولد الملاعة إذا عقل عنه قوم الأم
ثم كذب الملاعن نفسه حيث يرجعون عليه ، لأن النسب هنالك ثبت مستندا إلى وقت
العلوق وكانوا مجبورين على ذلك فيرجعون .

قال (ومن تزوج من المعجم بمعتقة من العرب فولدت له أولادا فولأه أولادها لمواليها
عند أبي حنيفة رحمه الله ، وهو قول محمد رحمه الله تعالى) وقال أبو يوسف رحمه الله تعالى :
حكمه حكم أبيه لأن النسب إلى الأب كما إذا كان الأب عربيا بخلاف ما إذا كان الأب عبدا
لأنه هالك معنى . ولما أن ولاء المتأققة قوى معتبر في حق الأحكام حتى اعتبرت الكفاءة
فيه والنسب في حق المعجم ضعيف فإنهم ضيعوا أنسابهم ، ولهذا لم تعبر الكفاءة فيما بينهم

بالنسب والقوى لا يعارضه للضعيف ، بخلاف ما إذا كان الأب عربياً لأن أنساب العرب قوية معبرة في حكم الكفاءة والعقل كما أن تناصرهم بها فأغنت عن الولاء . قال رضى الله عنه : اختلاف في مطلق المعتقة والوضع في معتقة العرب وقع اتفاقاً .

(وفي الجامع الصغير : نبطى كافر تزوج بمعتقة كافرة ثم أسلم البطل ووالى رجلاً ثم ولدت أولاداً قال أبو حنيفة وعمرهما الله : مواليم موالى أمهم ، وقال أبو يوسف رحمه الله : موانيم موالى أبيهم) لأن الولاء وإن كان أضعف فهو من جانب الأب فصار كالمولود بين واحد من الموالى وبين العربية ، ولهما أن ولأه الموالاة أضعف حتى يضل الفسخ وولاء العتاقة لا يقبله والضعيف لا يظهر في مقابلة القوى ولو كان الأبوان معتقين فالنسبة إلى قوم الأب لأنهما استويا والترجيح لجانبه لشبهة بالنسب أو لأن العصرة به أكثر .

قال (وولاء العتاقة تعصيب وهو أحق بالميراث من العمة والحالة) لقوله عليه الصلاة والسلام للذى اشترى عبداً فأعتقه « هو أخوك ومولاك » إن شكرك فهو خير له وشر لك ، وإن كفرك فهو خير لك وشر له ولو مات ولم يترك وارثاً كنت أنت عصبته ، وورثت ابنة حمزة رضى الله عنهما على سبيل العصوبة مع قيام وارث ، وإذا كان عصبته تقدم على ذوى الأرحام وهو المروى من على رضى الله عنه (فإن كان للمعتق عصبته من النسب فهو أولى من المعتق) لأن المعتق آخر العصبات ، وهذا لأن قوله عليه الصلاة والسلام « ولم يترك وارثاً » قالوا المراد منه وارث هو عصبته بدليل الحديث الثانى فتأخر عن العصبته ذوى الأرحام ..

قال (فإن كان للمعتق عصبته من النسب فهو أولى منه) لما ذكرنا (وإن لم يكن له عصبته من النسب فبرائه للمعتق) .

تأويله : إذا لم يكن هناك صاحب فرض ذو حال أما إذا كان فله الباقي بعد فرضه لأنه عصبته على ما روينا وهذا لأن العصبته من يكون التناصر به لبيت النسبة ، وبالمولى الانتصار على مامر والعصبته تأخذ ما بقى (فإن مات المولى ثم مات المعتق فبرائه لبنى المولى دون بناته ، وليس للنساء من الولاء إلا ما اعتقن أو أعتق من أعتقن أو كاتبين أو كاتب من كاتبين) بهذا اللفظ ورد الحديث عن النبى صلى الله عليه وآله وسلم وفي آخره : « أوجرت ولأه معتقتهن وصورة البحر قد سماها ، ولأن ثبوت المالكية والقوة في العتق من جهتها » فينسب بالولاء إليها وينسب إليها من ينسب إلى مولاها ، بخلاف النسب لأن سبب النسبة فيه الفرائش .

وصاحب القراض إنما هو الزوج والمرأة مملوكة لأمالكة وليس حكم ميراث المعتق مقصوراً على بني المولى بل هو لمصيبة الأقرب فالأقرب، لأن الولاء لا يورث ويخلقه فيه من تكون النصره، حتى لو ترك المولى أباً وليناً فالولاء للابن عند أبي حنيفة وعمر بن الخطاب لأنه أقربهما عصوية . وكذلك الولاء للجد دون الأخ عند أبي حنيفة رحمه الله لأنه أقرب في المصوبة عنده وكذا الولاء لابن المعتقة حتى يرثه دون أخيها لما ذكرنا إلا أن عقل جنانية المعتق على أخيها لأنه من قوم أبيها وجنابته كجنابيتها (ولو ترك المولى ابناً وأولاد ابن آخر) معناه بنى ابن آخر (فبإثبات المعتق للابن دون بنى الابن لأن الولاء للكبير) هو المروى عن عدة من الصحابة رضى الله عنهم منهم : عمر، وعلى ، وابن مسعود ، وغيرهم رضى الله عنهم أجمعين ، ومعناه القرب على ما قالوا والصلبى أقرب .

فصل في ولاء الموالاة

قال (وإذا أسلم رجل على يد رجل ووالاه على أن يرثه ويقتل عنه أو أسلم على يد غيره ووالاه فالولاء صحيح وعقله على مولاه فإن مات ولا وارث له غيره فبإثباته للمولى) وقال الشافعى رحمه الله : الموالاة ليست بشيء لأن فيه إبطال حق بيت المال ، ولهذا لا يصح في حق وارث آخر ، ولهذا لا يصح عنده الوصية لجميع المال وإن لم يكن للموصى وارث لحق بيت المال ، وإنما يصح في الثلث : ولنا قوله تعالى - والذين عقدت أيمانكم فآتوهم نصابهم - والآية في الموالاة ومثل رسول الله صلى الله عليه وسلم عن رجل أسلم على يد رجل آخر ووالاه : فقال : هو أحق الناس به بحياه ومماته ، وهذا يشير إلى العقل والإرث في الحالتين هاتين ، ولأن ماله حقه فيصرفه إلى حيث شاء والصرف إلى بيت المال ضرورة عدم المستحق لأنه مستحق .

قال (وإن كان له وارث فهو أولى منه وإن كانت عمة أو خالة أو غيرها من ذوى الأرحام) لأن الموالاة عقد لها فلا يلزم غيرها وذو الرحم وارث ، ولا بد من شرط الإرث والأقل كما ذكر في الكتاب لأنه بالالتزام وهو بالشرط ومن شرطه أن لا يكون المولى من انحراب ، لأن تناحرهم بالقبائل فأغنى عن الموالاة .

قال (وللمولى أن ينتقل عنه بولائه إلى غير ما لم يقتل عنه) لأنه عقد غير لازم بمنزلة الوصية ، وكذا للأعلى أن يتبرأ عمو ولأنه لعدم الإلزام إلا أنه يشترط في هذا أن يكون بمحض من الآخر كما في عزل الوكيل قصداً ، بخلاف ما إذا عقد الأسفل مع غيره بغير محضر من الأولك لأنه فيعبر بحكم بمنزلة العزل الحسكى في الوكالة :

قال (وإذا عقل عنه لم يكن له أن يتحول بولائه إلى غيره) لأنه تعلق به حق الغير ولأنه قضى به القاضى ولأنه بمنزلة عرض ناله كالمعرض فى الهبة وكذا لا يتحول ولده وكذا إذا عقل عن ولده لم يكن لكل واحد منهما أن يتحول لأنهم فى حق الولاء كشخص واحد :

قال (وليس لمولى العتاقة أن يوالى أحدا) لأنه لازم ومع بقاءه لا يظهر الأدنى .

كتاب الإكراه

قال (الإكراه يثبت حكمه إذا حصل ممن يقدر على إيقاع مانع به سلطانا كلان أو لصا) لأن الإكراه اسم لفعل يفعله المرء بغيره ، فينتفى به رضاه أو يفسد به اعتباره مع بقاء أهليته ، وهذا إنما يتحقق إذا خاف المكره تحقيق مانع به وذلك إنما يكون من القادر والسلطان وغيره ميان عند تحقق القدرة ، والذي قاله أبو حنيفة رحمه الله : أن الإكراه لا يتحقق إلا من السلطان لما أن المنع اه والقدرة لا تتحقق بدون المنع ، فقد قالوا : هذا اختلاف عصر وزمان لا اختلاف حجة وبرهان ولم تكن القدرة فى زمنه إلا للسلطان ثم بعد ذلك تغير الزمان وأهله ثم كما تشترط قدرة المكره لتحقيق الإكراه بشرط خوف المكره وقوع ما يهدد به ، وذلك بأن يغلب على ظنه أنه يفعله ليصير به محمولا على مادمي إليه مع الفعل .

قال (وإذا أكره الرجل على بيع ماله أو على شراء سلعة أو على أن يقر لرجل بألف أو يؤجر داره فأكره على ذلك بالقتل أو بالضرب الشديد أو بالحبس فباع أو اشترى فهو بالخيار إن شاء أمضى البيع وإن شاء فسخه ورجع بالمبيع) لأن من شرط صحة هذه العقود التراضى . قال الله تعالى - إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم - والإكراه بهذه الأشياء بعدم الرضا يفسد ، بخلاف ما إذا أكره بضرب سوط أو حبس يوم أو قيد يوم ، لأنه لا يبالى به بالنظر إلى العادة ، فلا يتحقق به الإكراه إلا إذا كان الرجل صاحب منصب يعلم أنه يستعرض له لقوات الرضا ، وكذا الإقرار حجة لترجع جنبه الصلح فيه على جنبه الكذب ، وعند الإكراه يعمل أنه يكذب لدفع المضرة ، ثم إذا باع مكرها وسلم مكرها يثبت به الملك عندنا ، وعند زفر رحمه الله لا يثبت لأنه بيع موقوف على الإجازة . ألا ترى أنه لو جاز جاز الموقوف قبل الإجازة لا يفيد الملك : ولنا أن ركن البيع صدر من أهله

مضافا إلى عمله والفساد لفقد شرطه وهو التراضي ، فعصار كسائر الشروط المفسدة فيبيح الملك عند القبض ، حتى لو قبضه وأعتقه أو تصرف فيه تصرفا لا يمكن نقضه جاز ، ويلزمه القيمة كما في سائر البياعات الفاسدة ، وإيجازة المالك يرتفع المفسد ، وهو الإكراه وعدم الرضا ، فيجوز إلا أنه لا ينقطع به حق استرداد البائع وإن تداو له الأيدي ولم يرض البائع بذلك بخلاف سائر البياعات الفاسدة ، لأن الفساد فيها لحق الشرع ، وقد تعلق بالبيع الثاني حق العبد وحقه مقدم لحاجته . أما هنا الرد لحق العبد وهما سواء ، فلا يبطل حق الأول لحق الثاني .

قال رضى الله تعالى عنه : ومن جعل البيع الجائز المعتاد بيما فاسدا يجعله كبيع المكره حتى يقض بيع المشتري من غيره لأن الفساد لقوات الرضا . ومنهم من جعله ردما لفقد المتعدين ، ومنهم من جعله باطلا اعتبارا بالمازل ومشايخ سمرقند رحمهم الله جعلوه بيما جائزا مفيدا لبعض الأحكام على ما هو المعتاد للحاجة إليه .

قال (فإن كان قبض المثل طوعا فقد أجاز البيع) لأنه دليل الإجازة كافي البيع الموقوف وكذا إذا سلم طالما بأن كان الإكراه على البيع لأعلى الدفع لأنه دليل الإجازة ، بخلاف ما إذا أكرمه على الهبة ولم يذكر الدفع فوجب ودفع حيث يكون باطلا لأن مقصود المكره الاستحقاق لا مجرد اللفظ ، وذلك في الهبة بالدفع وفي البيع بالعقد على ما هو الأصل فدخل الدفع في الإكراه على الهبة دون البيع .

قال (وإن قبضه مكرها فليس ذلك بإجازة عليه رده إن كان قائما في يده) فساد العقد .

قال (وإن ملك المبيع في يد المشتري فهو غير مكره ضمن قيمته للبائع) معناه والبائع مكره لأنه مضمون عليه بحكم عقد فاسد (وللمكره أن يضمن المكره إن شاء) لأنه آله له فيما يرجع إلى الائتلاف ، فكأنه دفع مال البائع إلى المشتري فيضمن أيهما شاء كالعاصب وغاصب الغاصب ، فلو ضمن المكره رجع على المشتري بالقيمة لقيامه مقام البائع ، وإن ضمن المشتري نفذ كل شراء كان بعد شرائه لو تناسخت العقود لأنه ملكه بالضمان فظهر أنه باع ملكه ولا ينفذ ما كاله له قبله لأن الاستناد إلى وقت قبضه ، بخلاف ما إذا أجاز المالك المكره عقدا منها حيث يجوز ما قبله وما بعده لأنه أسقط حقه وهو المانع فعاد الكل إلى الجواز ، والله أعلم .

فصل

(وإن أكره على أن يأكل الميتة أو يشرب الخمر إن أكره على ذلك بحبس أو ضرب أو قيد لم يحل له إلا أن يكره بما يخاف منه على نفسه ، أو على عضو من أعضائه فإذا خاف على ذلك وسعه أن يقدم على ما أكره عليه) وكذا على هذا الدم ولحم الخنزير ، لأن تناول هذه المحرمات إنما يباح عند الضرورة كافي حالة الحمصة لقيام المحرم فيها ورواها ولا ضرورة إلا إذا خاف على النفس أو على العضو حتى لو خيف على ذلك بالضرب الشديد ، وغلب على ظنه ذلك يباح له ذلك (ولا يسه أن يصبر على ما توعد به ، فإن صبر حتى أوقعوا به ولم يأكل فهو آثم) لأنه لا أبيع كان بالامتناع عنه معاوناً لغيره على هلاك نفسه فيأثم كافي حالة الحمصة ، وعن أبي يوسف رحمه الله : أنه لا يأثم لأنه رخصة إذ الحرمة قائمة فكان أخذها بالعزيمة .

قلنا : حالة الاضطراب مستثناة بالنص وهو تكلم بالحاصل بعد الثبوت فلا محرم فكان إباحة لارخصة إلا أنه إنما يأثم إذا علم بالأباحة في هذه الحالة لأن في انكشاف الحرمة خفاء فيعلم بالجهل فيه كالجعل بالخطاب في أول الإسلام أو في دار الحرب .

قال (وإن أكره على الكفر بالله تعالى والعبادة بأمر أو سب رسول الله صلى الله عليه وسلم بقيد أو حبس أو ضرب لم يكن ذلك إكراها حتى يكره بأمر يخاف منه على نفسه أو على عضو من أعضائه) لأن الإكراه بهذه الأشياء ليس بإكراه في شرب الخمر للمرفق الكفر وحرمة أشد أولى وأحرى .

قال (وإذا خاف على ذلك وسعه أن يظهر ما أمر به ويؤثر ، فإن أظهر ذلك وقلبه مطمئن بالإيمان فلا إثم عليه) لحديث عمار بن ياسر رضي الله عنه حين أجلى به وقد قال له النبي عليه الصلاة والسلام : كيف وجدت قلبك ؟ قال مطمئناً بالإيمان . فقال عليه الصلاة والسلام : فإن عادوا فعد ، وفيه زل قوله تعالى - إلا من أكره وقلبه مطمئن بالإيمان - الآية ولأن بهذا الاظهار لا يفتقر الإيمان حقيقة لقيام التصديق وفي الامتناع قوت النفس حقيقة فيسهل الميل إليه .

قال (فإن صبر حتى قتل ولم يظهر الكفر كان مأجوراً) لأن تخيياً رضي الله عنه صبر على ذلك حتى صلب وصماه رسول الله عليه الصلاة والسلام سيد الشهداء : وقال في مظه : هو رضى في اللجنة ، ولأن الحرمة باقية والامتناع لإهزاز الدين حزمة بخلاف ما تقدم للاستثناء .

قال (وإن أكره على إتلاف ما مسلم بأمر يخاف منه على نفسه أو على عضو من أعضائه وسعه أن يفضل ذلك) لأن مال الغير يستباح للضرورة كما في حالة الخمصة وقد تحققت (ولصاحب المال أن يضمن المكروه) لأن المكروه آلة للمكروه فيها يصلح آلة له والاتلاف من هذا القبيل (وإن أكرهه بقتله على قتل غيره لم يسهه أن يقدم عليه ويصير حتى يقتل لأن قتله كان آمناً) لأن قتل المسلم مما لا يستباح للضرورة ما فكذلك هذه الضرورة.

قال (والقصاص على المكروه إن كان القتل عمداً) قال رضى الله عنه : وهذا عند أبي حنيفة وعبد رحمة الله : وقال زفر رحمه الله : يجب على المكروه ، وقال أبو يوسف رحمه الله : لا يجب عليهما . وقال الشافعى رحمه الله : يجب عليهما لزفر رحمه الله : أن الفعل من المكروه حقيقة وحسب وقرر الشرع حكمه عليه وهو الإثم ، بخلاف الإكراه على إتلاف مال الغير ، لأنه سقط حكمه وهو الإثم فأضيف إلى غيره ، وبهذا يتمسك الشافعى في جانب المكروه ويوجهه على المكروه أيضاً لوجود التسبب إلى القتل منه ، وللتسبب في هذا حكم البشارة عنده كما في شهود القصاص ، ولأبي يوسف : أن القتل بقى مقصوراً على المكروه من وجه نظراً إلى التأنيب ، وأضيف إلى المكروه من وجه نظراً إلى الحمل فدخلت الشبهة في كل جانب ، ولما أنه معمول على القتل بطبعه إثارة لحياته فيصير آلة للمكروه فيها يصلح آلة له وهو القتل بأن يلقى عليه ، ولا يصلح آلة له في الجنابة على دينه فيبقى الفعل مقصوراً عليه في حق الإثم كما نقول في الإكراه على الاعتناق ، وفي إكراه المجوسى على ذبح شاة الغير يفضل الفعل إلى المكروه في الاتلاف دون الزكاة حتى يحرم كذا هذا .

قال (وإن أكرهه على طلاق امرأته أو عتق عبده فضل وقع ما أكره عليه عندنا) خلافاً للشافعى رحمه الله وقد مر في الطلاق .

قال (ويرجع على الذى أكرهه ببيعة العبد) لأنه صلح آلة له فيه من حيث الاتلاف فيضاف إليه فله أن يضمته موسراً كان أو ميسراً ولا سعاية على العبد ، لأن السعاية إنما تجب للتخريج إلى الحرية أو لتعلق حق الغير ولم يوجد واحد منهما ولا يرجع المكروه على لعبد بالضيان لأنه مواضع باتلافه :

قال (ويرجع بنصف مهر المرأة إن كان قبل الدخول ، وإن لم يكن في العقد مسمى يرجع على المكروه بما لزمه من المنة) لأن ما عليه كان على شرف السقوط بأن جاءت المهرقة من قبلها وإنما يؤكد بالطلاق فكان إتلاف المال من هذا الوجه فيضاف إلى المكروه

من حيث إنه إلتلاف ، بخلاف ما إذا دخل بها ، لأن المهر قد تقرر بالدخول لا بالطلاق (ولو أكره على التوكيل بالطلاق والعناق ففعل الوكيل جاز استحسانا) لأن الاكراه مؤثر في فساد العقد والوكالة لا تبطل بالشروط الفاسدة ، ويرجع على المكروه استحسانا لأن مقصود المكروه زوال ملكه إذا باشر الوكيل ، والنشر لا يعمل فيه الاكراه لأنه لا يمتثل الفسخ ولا رجوع على المكروه بما لزمه لأنه لا مطالب له في الدنيا فلا يطالب به فيها ، وكلنا التمين والظهار لا يعمل فيهما الاكراه لعدم احتمالها الفسخ ، وكذا الرجعة والإيلاء والتي فيه باللسان لأنها تصح مع الغزل والخلع من جانب طلاق أو يمين لا يعمل فيه الاكراه فلو كان هو مكروها على الخلع دونها لزمها البذل لرضاها بالالتزام :

قال (وإن أكرهه على الزنا وجب عليه الحد عند أبي حنيفة رحمه الله إلا أن يكرهه السلطان . وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله لا يلزمه الحد) وقد ذكرناه في الحدود .

قال (وإذا أكرهه على الردة لم تبين امرأته منه) لأن الردة تتعلق بالاعتقاد : ألا ترى أنه لو كان قلبه مطمئنا بالإيمان لا يكفر وفي اعتقاده الكفر شك فلا تثبت اليقونة بالشك فإن قالت المرأة : قد بنت منك وقال هو : قد أظهرت ذلك وقلبي مطمئن بالإيمان فاقول قوله استحسانا ، لأن اللفظ غير موضوع للفرقة وهي يقبل الاعتقاد ، ومع الاكراه لا يدل على التبدل فكان القول قوله ، بخلاف الاكراه على الاسلام حيث يصير به مسلما لأنه لما احتمل واحتمل رجعتنا الإسلام في الحالين ، لأنه يعلو ولا يعل ، وهذا بيان الحكم أما فيما بينه وبين الله تعالى إذا لم يعتقد فليس بمسلم ، ولو أكره على الإسلام حتى حكم بإسلامه ثم رجع لم يقتل فتسكن الشبهة وهي دائرة للقتل ، ولو قال لئذ أكرهه على إجراء كلمة الكفر أخبرت عن أمر ماض ، ولم أكن فعلت بانت منه حكما لإدبائه لأنه أقر أنه طائع باتيان ما لم يكره عليه وحكم هذا الطائع ما ذكرناه ، ولو قال : أردت ما طلب مني وقد خطر ببالي الخبر عما مضى بانت ديانة وقضاء لأنه أقر أنه مبتدئ بالكفر هازل به حيث علم لنفسه غلصا غيره وعلى هذا إذا أكرهه على الصلاة للصليب وسب محمد النبي عليه الصلاة والسلام ففعل ، وقال : نويت به الصلاة لله تعالى ومحمد آخر غير النبي عليه الصلاة والسلام بانت منه قضاء لإدبائه ، ولو وصل للصليب وسب محمد النبي عليه الصلاة والسلام وقد خطر بباله الصلاة لله تعالى وسب غير النبي عليه الصلاة والسلام : بانت منه ديانة وقضاء لما مر ، وقد قررنا زيادة على هذا في كفاية المنتهى ، والله أعلم :

كتاب الحجر

قال (الأسباب الموجبة للحجر ثلاثة : الصغر والرق والمجنون ، فلا يجوز تصرف الصغير إلا بإذن وليه ، ولا تصرف العبد إلا بإذن سيده ، ولا تصرف المجنون المطلوب بحال) أما الصغير فمقتصران عقله ، غير أن إذن الولي "آية أهليته والرق" لرعاية حق المولى كيلا يتسلط منافع عبده ولا يملك رقبته بتعلق الدين به غير أن المولى بالاذن رضى بفوات حقه ، والمجنون لا تجامسه الأهلية فلا يجوز تصرفه بحال أما العبد فأهل في نفسه والصبي "يرتقب أهليته فلهذا وقع التفرق .

قال (ومن باع من هؤلاء شيئا وهو يعقل البيع ، ويقصده فالولي بالخيار إن شاء أجازته إن كان فيه مصلحة وإن شاء فسخته) لأن التوقف في العبد لحق المولى فيتخير فيه وفي الصبي" والمجنون نظرا لما فيتحرى مصلحتهما فيه ، ولا بد أن يعقلا البيع ليرجد ركن العقد فينقذ موقفا على الإجازة والمجنون قد يعقل البيع ويقصده ، وإن كان لا يرجع المصلحة على المفسدة وهو المعتوه الذى يصالح وكلا عن غيره كما بينا في الوكالة ، فإن قيل : التوقف عندكم في البيع أما الشراء فالأصل فيه النفاذ على المباشر . قلنا نعم إذا وجد نفاذا عليه كما في شراء القضوى وههنا لم نجد نفاذا لعدم الأهلية أو لضرر المولى فوقفناه .

قال (وهذه المعاني الثلاثة توجب الحجر في الأقوال دون الأفعال) لأنه لا مرد لها لوجودها حسا ومشاهدة بخلاف الأقوال ، لأن اعتبارها موجودة بالشرع والقصد من شرطه (إلا إذا كان فعلا يتعلق به حكم يندرى بالشبهات كالحدود والقصاص) فيجعل عدم القصد في ذلك شبهة في حق الصبي" والمجنون .

قال (والصبي" والمجنون لا تصح عقودهما ولا إقرارهما) لما بينا (ولا يقع طلاقهما ولا عتاقهما) لقوله عليه الصلاة والسلام وكل طلاق واقع إلا طلاق الصبي والمعتوه ، والاعتاق يصح حصص مضرة ولا وقوف للصبي على المصلحة في الطلاق بحال لعدم الشهوة ولا وقوف الولي على عدم التوافق على اعتبار بلوغه حد الشهوة فلهذا لا يتوقفان على إجازته ولا يتفدان بمباشرته بخلاف سائر العقود .

قال (وإن أنفقا شيئا لزمهما ضمانه) لإحياء حق الملتف عليه وهنا لأن كون الائتلاف موجبا لا يتوقف على القصد كالذى يتلف بانقلاب التأثم عليه والحائظ المائل بعد الإشهاد بخلاف القولى على ما بيناه .

قال (فأما العبد فإقراره نافذ في حق نفسه) لقيام أهليته (غير نافذ في حق مولاه) رعاية لجانبه لأن نفاذه لا يعبر عنه بتعلق المدين برقبته أو كسبه وكل ذلك إلتلاف ماله :

قال (فإن أقر بما لم يقر به بعد الحرية) لوجود الأهلية وزوال المانع ولم يلزمه في الحال لقيام المانع (وإن أقر بعد أو قصاص لزمه في الحال) لأنه متى على أصل الحرية في حق الدم ، حتى لا يصح إقرار المولى عليه بذلك (وينفذ طلاقه) لما روينا ، ولقوله عليه الصلاة والسلام « لا يملك العبد والمكاتب شيئا إلا الطلاق » ولأنه عارف بوجه المصلحة فيه فكان أهلا ، وليس فيه إبطال ملك المولى ولا تفويت مناصبه فينبذ ، والله أعلم بالصواب :

باب الحجر للفساد

(قال أبو حنيفة رحمه الله : لا يحجر على الحر البالغ العاقل السفيه وتصرفه في ماله جائز وإن كان مبتلا مضدا يثلف ماله فيما لا غرض له فيه ولا مصلحة ، وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله وهو قول الشافعي رحمه الله : يحجر على السفيه ويمنع من التصرف في ماله) لأنه مبذر ماله بصرفه لا على الوجه الذي يقتضيه العقل فيحجر عليه نظرا له اعتبارا بالصبر بل أولى لأن الثابت في حق الصبي احتمال التبذير وفي حقه حقيقة ولهذا منع عنه المال ثم هو لا يفيد بدون الحجر لأنه يثلف بلسانه ما منع من يده ، ولأبي حنيفة رحمه الله : أنه مخاطب عاقل ، فلا يحجر عليه اعتبارا بالرشيد وهذا ، لأن في سلب ولايته إهدار آدميته وإلحاقه بالهائم وهو أشد ضررا من التبذير ، فلا يحمل الأهل لدفع الأدنى ، حتى لو كان في الحجر دفع ضرر عام كالحجر على المتطبل الجاهل ، والمفتي الماجن والمكاري المفسد جاز فيها يروى عنه إذ هو دفع ضرر الأهل بالأدنى ، ولا يصح القياس على منع المال لأن الحجر أبغ منه في العقوبة ولا على الصبي لأنه عاجز عن النظر لنفسه وهذا قادر عليه فطر له الشرع مرة بإعطائه آلة القدرة والجري على خلافه لسوء اختياره ومنع المال مفيد لأن غالب السفه في الهبات والتبرعات والصدقات وذلك يقف على اليد ، قال (وإذا حجر القاضي عليه ثم رفع إلى قاض آخر فأبطل حجره وأطلق عنه جاز) لأن الحجر منه فتوى وليس بقضاء ألا يرى أنه لم يوحد المقضى له والتفصى عليه ولو كان قضاء بنفس القضاء مختلف فيه فلا بد من الإمضاء ، حتى لو رفع تصرفه بعد الحجر إليه

القاضي الحاجر أو إلى غيره فقصي بطلان تصرفه ثم رفع إلى قاض آخر نفذ بإبطاله لاتصال الإضفاء به فلا يقبل النقض بعد ذلك (ثم عند أبي حنيفة رحمه الله إذا بلغ الغلام غير رشيد لم يسلم إليه ماله حتى يبلغ ثمنا وعشرين سنة فإن تصرف فيه قبل ذلك نفذ تصرفه فإذا بلغ خمس وعشرين سنة يسلم إليه ماله وإن لم يؤنس منه الرشد وقالوا : لا يدفع إليه ماله أبدا ، حتى يؤنس منه رشفه ولا يجوز تصرفه فيه) لأن حلة المنع السفة فيبقى ما بقي العلة وصار كالصبا ، ولأبي حنيفة رحمه الله : أن منع المال عنه بطريق التأديب ولا يتأوب بعد هذا ظاهرا وغالبا ألا يرى أنه قد يصبر جدا في هذا السن فلا فائدة للمنع ، فظرم اللدفع ولأن المنع باحجار أثر الصبا ، وهو في أوائل البلوغ وينقطع بنطاول الزمان ، فلا يبقى المنع ولهذا قال أبو حنيفة رحمه الله : لو بلغ رشيدا ثم صار سفيها لا يمنع المال عنه ، لأنه ليس بأثر الصبا ، ثم لا يتأق التفرع على قوله . وإنما التفرع على قول من يرى الحجر ، فعندهما لما صح الحجر لا ينفذ بيعه إذا باع توفيرا لفائدة الحجر عليه ، وإن كان فيه مصلحة أجازها الحاكم لأن ركن التصرف قد وجد والتوقف للنظر له ، وقد نصب الحاكم ناظرا له ، فيتحري المصلحة فيه كما في الصبي الذي يعقل البيع والشراء ويقصده ، ولو باع قبل حجر القاضي جاز عند أبي يوسف رحمه الله ، لأنه لا بد من حجر القاضي عنه ، لأن الحجر دائر بين الضرر والنظر والحجر لنظره ، فلا بد من فعل القاضي ، وعند محمد رحمه الله لا يجوز لأنه يبلغ عجورا عنه إذ العلة هي السفة بمنزلة الصبا وحل هذا الخلاف إذا بلغ رشيدا ثم صار سفيها (وإن أعتق عبدا نفذ عتقه عندهما) وعند الشافعي رحمه الله : لا ينفذ والأصل عندهما أن كل تصرف يؤثر فيه الحجر ومالا فلا لأن السفة في معنى المازل من حيث أن المازل يخرج كلامه لا على نهج كلام العقلاء ، لا تباع المحوى ومكابرة العقل لانتقصان في عقله ، فكذلك السفة والعتق بما لا يؤثر فيه المزل فيصح منه .

والأصل عنه : أن الحجر بسبب السفة بمنزلة الحجر بسبب الرق حتى لا ينفذ بعده شيء من تصرفاته إلا الطلاق كالمرقوق ، والاعاق لا يصح من الرقيق فكذلك من السفة (و) إذا صح عندهما (كان على العبد أن يسعى في قيمته) لأن الحجر لمضى النظر وفك في رد العتق إلا أنه متعلق ، فيجب رده رد القيمة كما في الحجر على المريض ، وعن محمد رحمه الله أنه لا تجب السعاية لأنها لو وجبت إنما تجب حقاً لمنه والسايقما عهد

وجوبها في الشرع إلا لحق غير المعنى (ولو دبر عبده جاز) لأنه يوجب حق العتق فيعتبر بحقيقته ، إلا أنه لا يجب السعاية مادام المولى حيا لأنه باق على ملكه وإذ مات ولم يؤنس منه الرشد سعى في قيمته مدبرا لأنه عتق بموته وهو مدبر فصار كما إذا أعتقه بعد التدبير (ولو جاءت جاريته بولد فادعاه يثبت نسبه منه وكان الولد حرا والجارية أم ولد له) لأنه محتاج إلى ذلك لإبقاء نسله فألحق بالمصالح في حقه (وإن لم يكن معها ولد وقال هذه أم ولدي كانت بمنزلة أم الولد لا يقدر على بيعها وإن مات سعت في جميع قيمتها) لأنه كالإقرار بالحرية إذ ليس لها شهادة الولد بخلاف الفصل الأول لأن الولد شاهد لها ونظيره للمريض إذا ادعى ولد جاريته فهو على هذا التفصيل .

قال (وإن تزوج امرأة جاز نكاحها) لأنه لا يؤثر فيه الهزل ولأنه من حوائج الأصلية (وإن سعى لها مهرا جاز منه مقدار مهر مثلها) لأنه من ضرورات النكاح (وبطل الفصل) لأنه لا ضرورة فيه ، وهذا التزام بالتسمية ، ولا نظر له فيه فلم تصح الزيادة وصار كالمرضى مرض الموت (ولو طلقها قبل الدخول بها وجب لها النصف في ماله) لأن التسمية صحيحة إلى مقدار مهر المثل (وكذا إذا تزوج بأربع نسوة أو كل يوم واحدة) لما بينا :

قال (ونخرج الزكاة من مال السفينة) لأنها واجبة عليه (وينفق على أولاده وزوجه ومن تجب نفقته عليه من ذوى أرحامه) لأن إحياء ولده وزوجه من حوائجها والاتفاق على ذى الرحم واجب عليه لقربته والسفه لا يبطل حقوق الناس ، إلا أن القاضى يدفع قدر الزكاة إليه ليصرفها إلى مصرفها لأنه لا بد من نيته لكونها عبادة ، لكن يمت أمينا معه كيلا يصرفه في غير وجهه ، وفي النفقة يدفع إلى أميته ليصرفه لأنه ليس بعبادة فلا يحتاج إلى نيته ، وهذا بخلاف ما إذا حلف أو نذر أو ظاهر حيث لا يلزمه المال بل يكفر بيمينه وظهاره بالصوم لأنه مما يجب بفعله ، فلو فتحنا هذا الباب يبلر أمواله بهذا الطريق ولا كذلك ما يجب ابتداء بغير فعله .

قال (فإن أراد حجة الإسلام لم يمنع منها) لأنها واجبة عليه بإيجاب الله تعالى من غير حسنه (ولا يسلم القاضى الثقة إليه ويسلمها إلى ثقة من الحاج ينفقها عليه في طريق الحج) كيلا يتلفها في غير هذا الوجه (ولو أراد عمرة واحدة لم يمنع منها) استحسانا لاختلاف العلماء في وجوبها بخلاف ما زاد على مرة واحدة من الحج (ولا يمنع من القرآن) لأنه لا يمنع من أفراد السفر لكل واحد منهما ، فلا يمنع من الجمع بينهما (ولا يمنع من أن يسوق بقة)

نحرمنا عن موضع الخلاف إذ عند عبد الله بن عمر رضي الله عنه لا يجره غيرها وهي جزور
أو بقرة :

قال (فإن مرهض وأوصى يوصايا في القرب وأبواب الخبير جاز ذلك في ثلثة) لأن
نظره فيه إذ هي حالة انقطاعه عن أمواله والوصية تخلف ثناء أو ثوابا وقد ذكرنا من
التفريعات أكثر من هذا في كفاية المتنبه .

قال (ولا يجبر على الفاسق إذا كان مصلحا لماله عندنا والفاسق الأصلي والطارئ
سواء) وقال الشافعي رحمه الله : يجبر عليه زجراله وعقوبة عليه كما في السفينة ولهذا لم
يجعل أملا للولاية والشهادة عنده ، ولنا قوله تعالى - فإن آنتم منهم رشدا فادفعوا إليهم
أموالهم - الآية وقد أونس منه نوع رشد ، ففتناوله النكرة المطلقة ، ولأن الفاسق من أهل
الولاية عندنا لإسلامه ، فيكون واليا لتصرف وقد قررناه فيما تقدم ، ويجبر القاضي عندهما
أيضا وهو قول الشافعي رحمه الله بسبب الغفلة ، وهو أن يغيب في التجارات ولا يصبر عنها
لسلامة قلبه لما في الحرج من النظر له .

فصل في حد البلوغ

قال (بلوغ الغلام بالاحتلام والإحبال والآنزال إذا وطئ) فإن لم يوجد ذلك فحنى يتم
له ثمانى عشرة سنة ، وبلوغ الجارية بالحيض والاحتلام والحبل ، فإن لم يوجد ذلك فحنى
يتم لها سبع عشرة سنة ، وهذا عند أبي حنيفة ، وقالوا : إذا تم للغلام والجارية خمس عشرة
سنة فقد بلغا) وهو رواية عن أبي حنيفة رحمه الله ، وهو قول الشافعي رحمه الله ، وعنه
في الغلام تسع عشرة سنة ، وقيل المراد أن يظن في التاسع عشرة سنة ، ويتم له ثمانى عشرة
سنة فلا اختلاف ، وقيل فيه اختلاف الرواية لأنه ذكر في بعض النسخ حتى يستكمل تسع
عشرة سنة .

أما العلامة فلأن البلوغ بالآنزال حقيقة والحبل والإحبال لا يكون إلا مع الإآنزال
وكذا الحيض في أوان الحبل فجعل كل ذلك علامة البلوغ ، وأدنى المدة لذلك في حق الغلام
اثنا عشرة سنة وفي حق الجارية تسع سنين .

ولما السن ظاهرها المادة الفلانية ، أنه البلوغ لا يتأخر فيها عن هذه المدة ، وله قوله تعالى
- حتى يبلغ أشده - وأشد الصبي ثمانى عشرة سنة ، هكذا قاله ابن عباس وتابعه القتيبي
وحصل أقل ما قيل فيه ، فيض الحكم عليه التيقن به غير أن الإناث نفوسهن وإدراكهن

أسرع فنقصنا في حقهن سنة لاشتغالها على الفصول الأربعة التي يوافق واحد منها المزاج
لا محالة :

قال (وإذا راحق الغلام أو الجارية الحلم ، وأشكل أمره في البلوغ فقال قد بلغت فاقول
قوله وأحكامه أحكام البالغين) لأنه معنى لا يعرف إلا من جهتهما ظاهرا فإذا أخبرا به ولم
يكذبهما الظاهر قبل قولهما فيه كما يقبل قول المرأة في الحيض :

باب الحجر بسبب الدين

(قال أبو حنيفة رحمه الله : لأحجر في الدين ، وإذا وجبت ديون على رجل وطلب
غرماءه حبسه والحجر عليه لم أحجر عليه) لأن في الحجر إهدار أهليه فلا يجوز لدفع
ضرر خاص (فإن كان له مال لم يتصرف فيه الحاكم) لأنه نوع حجر ، ولأنه تجارة لأحد
تراض ، فيكون باطلا بالنس (ولكن يحبس أبدا حتى يبيعه في دينه) إيفاء لحق الغرماء
ودفعاً لظلمه (وقالوا : إذا طلب غرماء المفلس الحجر عليه حجر القاضي عليه ومنعه من
البيع والتصرف والإقرار حتى لا يضر للغرماء) لأن الحجر على السفه إنما يجوزاه نظرا
له ، وفي هذا الحجر نظر للغرماء لأنه عساه يلجئ ماله فيفوت حقهم ، ومعنى قولهما
ومنعه من البيع أن يكون بأقل من ثمن المثل . أما البيع بثمن المثل لا يطل حق الغرماء والمنع
لحقهم فلا يمنع منه .

قال (وباع ماله إن امتنع المفلس من بيعه وقسمه بين غرمائه بالحصص عندهما) لأن
البيع مسقط عليه لإيفاء دينه حتى يحبس لأجله فإذا امتنع نائب القاضي منابه كما في
الحجب والعنة .

قلنا : التلجئة موهومة والمستحق قضاء الدين والبيع ليس بطريق متعين لذلك ، بخلاف
الحجب والعنة والحبس لقضاء الدين بما يختاره من الطريق كيف ولو جع البيع كان الحبس
إضرارا بهما بتأخير حق الدائن وتعذيب المديون فلا يكون مشروعا :

قال (وإن كان دينه دراهم وله دراهم قضى القاضي بغير أمره) وهذا بالإجماع لأن
للدائن حق الأخذ من غير رضاه فللقاضي أن يعينه (وإن كان دينه دراهم وله دنائير أو على
ضد ذلك باعها القاضي في دينه) وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله استحسان ، والقياس أن
لا يبيعه كما في العروض ولهذا لم يكن لصاحب الدين أن يأخذه جبرا ، وجه الاستحسان

أنهما معدنان في الخفية والمالية مختلفان في الصورة ، فيالنظر إلى الاتحاد يثبت للقاضي ولاية التصرف ، وبالنظر إلى الاختلاف يسلب عن الدائن ولاية الأخذ عملا بالشبهين بخلاف العروض لأن الفرض يتعلق بصورها وأعيانها . أما النقود فوسائل فاقترقا (ويبيع في الدين النقود ثم العروض ثم العقار يبدأ بالأيسر فالأيسر) لما فيه من التسارعة إلى قضاء الدين مع مراعاة جانب المديون (ويترك عليه دست من ثياب بدنه ويبيع الباقي) لأن به كفاية وقيل دستان وهو اختيار شمس الأئمة الحلواني لأنه إذا غسل ثيابه لا بد له من مجلس .

قال (فإن أقر في حال الحجر بإقرار لزمه ذلك بعد قضاء الديون) لأنه تعلق بهذا المال حق الأولين فلا يتمكن من إبطال حقهم بالإقرار لغیرهم بخلاف الاستهلاك لأنه مشاهد لا مرد له (ولو استفاد مالا آخر بعد الحجر نفذ إقراره فيه) لأن حقهم لم يتعلق به لعلمه وقت الحجر .

قال (وينفق على المفلس من ماله وعلى زوجته وولده الصغار وذوي أرحامه ممن يجب نفقته عليه) لأن حاجته الأصلية مقدمة على حق الغرماء ولأنه حق ثابت لغيره فلا يبطله الحجر ، ولهذا لو تزوج امرأة كانت في مقدار مهر مثلها أسوة للغرماء .

قال (فإن لم يعرف للمفلس مال وطلب غراماه حبسه وهو يقول : لا مال لي حبسه الحاكم في كل دين التزمه بعقد كالمهر والكفالة) وقد ذكرنا هذا الفصل بوجوه في كتاب أدب القاضي من هذا الكتاب ، فلا نعيد هنا إلى أن قال : وكذلك إن أقام اليئنة أنه لا مال له : يعنى خلى سبيله لوجوب النظرة إلى الميسرة ، ولو مرض في الحبس يبقى فيه إن كان له خادم يقوم بمعالجته وإن لم يكن أخرجه نحرزا عن هلاكه واحترق فيه لا يمكن من الاشتغال بعمله هو الصحيح ليضجر قلبه فينبعث على قضاء دينه بخلاف ما إذا كانت له عارية وفيه موضع يمكنه فيه وطؤها لا يمنع عنه لأنه قضاء إحدى الشهوتين فيعتبر بقضاء الأخرى .

قال (ولا يحول بينه وبين غراماته بعد خروجه من الحبس بل يلازمونه ولا يمنعونه من التصرف والسفر) لقوله عليه الصلاة والسلام : لصاحب الحق يد ولسان ، أراد باليد الملازمة وباللسان التقاضى .

قال (وبأخذون فضل كسبه يقسم بينهم بالخصص) لاستواء حقوقهم في القوة (وقالوا إذا غلبه الحاكم حال بين الغرماء وبينه إلا أن يقيموا اليئنة أن له مالا) لأن القضاء بالأفلاس

عندها يصبح فتيحت البصرة ويستحق النظرة إلى المبصرة وعند أبي حنيفة رحمه الله لا يستحق القضاء بالإفلاس لأن مال الله تعالى غاد ورائع ولأن وقوف الشهود على عدم المال لا يستحق إلا ظاهراً فيصلح للدفع لا لإبطال حق الملازمة وقوله إلا أن يقبوا البينة إشارة إلى أن بيعة الهار ترجع على بيعة الاضرار لأنها أكثر إثباتاً إذ الأصل هو العسرة، وقوله في الملازمة لا يمنونه من التصرف والسفر دليل على أنه يدور معه أينما دار ولا يجلسه في موضع لأنه حبس (ولو دخل داره لحاجته لا يتبعه بل يجلس على باب داره إلى أن يخرج) لأن الإنسان لا بد أن يكون له موضع خلوة، ولو اختار المطلوب الحبس، والطالب الملازمة فالتحليل إلى الطالب لأنه أبلغ في حصول المقصود لاختياره الأضيق عليه إلا إذا علم القاضي أن يخل عليه بالملازمة ضرر بين بأن لا يمكنه من دخوله داره، فحينئذ يحبس دوماً للضرر عنه (ولو كان الدين للرجل على المرأة لا يلزمها) لما فيها من الخلوة بالأجنبية ولكن بيعت امرأة أمينة تلازمها.

قال (ومن أفلس وعنده متاع لرجل بعته ابتاعه منه فصاحب المتاع أسوة للفرماء فيه) وقال الشافعي رحمه الله: يحجر القاضي على المشتري بطلبه ثم للبائع خيار الفسخ لأنه عجز المشتري عن إيفاء الثمن فيوجب ذلك حق الفسخ كعجز البائع عن تسليم المبيع وهذا لأنه عقد معاوضة ومن قضيته المساواة وصار كالسلم. ولنا أن الإفلاس يوجب العجز عن تسليم العين، وهو غير مستحق بالعقد، فلا يثبت حق الفسخ باعتباره، وإنما المستحق وصف في الذمة: أعنى الدين وقبض العين تتحقق بينهما مبادلة هذا هو الحقيقة فيجب اعتبارها إلا في موضع التعذر كالسلم لأن الاستبدال ممتنع فأعطى للعين حكم الدين، والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب.

ثم الجزء الثالث، وفيه الجزء الرابع

وأوله

كتاب المأذون

فهرس

الجزء الثالث من الهداية

صفحة	
٣	كتاب الشركة
٦	فصل ولا تتخذ الشركة إلا بالدرام والدنانير الخ
١١	فصل في الشركة الفاسدة
١٢	فصل وليس لأحد الشريكين أن يؤدي زكاة مال الآخر إلا بأذنه
١٣	كتاب الوقف
١٩	فصل وإذا بنى مسجدا لم يزل ملكه عنه حتى يفرزه من ملكه الخ
٢١	كتاب البيع
٢٥	فصل ومن باع دارا دخل بناؤها في البيع وإن لم يسمه
٢٧	باب خيار الشرط
٣٢	باب خيار الرؤية
٣٥	باب خيار العيب
٤٢	باب البيع الفاسد
٥١	فصل في أحكامه
٥٣	فصل : فيما يكره
٥٤	باب الإكالة
٥٦	باب المراجعة والتولية
٥٩	فصل ومن اشترى مما ينقل ويحرك لم يجز له بيعه حتى يقبضه
٦١	باب الربا
٦٦	باب الخفوق

صفحة	
٦٧	باب الاستحقاق
٦٨	فصل في بيع الفضولي
٧٩	باب السلم
٧٩	مسائل منثورة
٨١	كتاب الصرف
٨٧	الكفالة
٩٥	فصل في الضمان
٩٧	باب كفالة الرجلين
٩٨	باب كفالة العبد وعتقه
٩٩	كتاب الحوالة
١٠١	كتاب أدب القاضي
١٠٤	فصل في الحبس
١٠٥	باب كتاب القاضي إلى القاضي
١٠٧	فصل ويميز قضاء المرأة في كل شيء إلا في الحدود والنفاس
١٠٨	باب التحكيم
١٠٩	مسائل شتى من كتاب القضاء
١١١	فصل في القضاء بالمواريث
١١٥	فصل وإذا قال القاضي قد قضيت على فلان بالرجم فارجه الخ
١١٦	كتاب الشهادات
١١٩	فصل وما يتحمله الشاهد على ضررين الخ
١٢١	باب من تقبل شهادته ومن لا تقبل
١٢٦	باب الاختلاف في الشهادة
١٢٩	فصل في الشهادة على الإرث
	باب الشهادة على الشهادة
١٣٢	فصل قال أبو حنيفة شاهد الزور أشبهه في السوق ولا أمره

صحة

١٣٢ كتاب الرجوع عن الشهادة

١٣٦ كتاب الوكالة

١٣٩ باب الوكالة بالبيع والشراء

فصل في الشراء

١٤٤ فصل في التوكيل بشراء نفس العبد

١٤٥ فصل في البيع

١٤٨ فصل وإذا وكل وكيلين فليس لأحدهما أن يتصرف فيها وكلا به دون الآخر

١٤٩ باب الوكالة بالخصومة والقبض

١٥٣ باب عزل الوكيل

١٥٥ كتاب الدعوى

١٥٦ باب اليمين

١٥٩ فصل في كيفية اليمين والاستحلاف

١٦١ باب التحالف

١٦٧ فصل فيمن لا يكون خصما

١٦٨ باب ما يندبه الرجلان

١٧٤ فصل في التنازع بالأبدي

١٧٥ باب دعوى النسب

١٨٠ كتاب الإقرار

١٨٣ فصل ومن قال لحمل فلانة على ألف درهم الخ

١٨٤ باب الاستثناء وما في معناه

١٨٩ باب إقرار المريض

١٩٠ فصل ومن أقر بغلام يولد مثله لمثله وليس له نسب معروف الخ

١٩٢ كتاب الصلح

١٩٤ فصل والصلح جاز من دعوى الأموال والمنافع

١٩٦ باب الجرح بالصلح والتوكيل به

سيدا

- ١٩٧ باب الصلح في الدين
١٩٩ فصل في الدين المشترك
٢٠٠ فصل في التخارج
٢٠٢ كتاب المضاربة
٢٠٦ باب المضارب بمضارب
٢٠٨ فصل وإذا شرط المضارب لرب المال ثلث الربح الخ
٢٠٨ فصل في الغزل والقسم
٢١٠ فصل فيما يفتنه المضارب
٢١٢ فصل فإن كان معه ألف بالنصف فاشترى جازا فباعه بالدين الخ
٢١٤ فصل في الاختلاف
٢١٥ كتاب الودعة
٢٢٠ كتاب العارية
٢٢٤ كتاب المبة
٢٢٧ باب الرجوع في المبة
٢٢٩ فصل ومن وهب جارية إلا حلها بعت المبة وبطل الاستثناء
٢٣١ هـ في الصدقة
كتب الإجراءات
٢٣٢ باب الأجر متى يستحق الخ
٢٣٤ فصل ومن استأجر رجلا ليحلب إلى البصرة فيجىء به إليه الخ
٢٣٥ باب ما يجوز من الإجارة وما يكون خلافا فيها
٢٣٨ هـ الإجارة القاسدة
٢٤٤ هـ ضمان الأجير
٢٤٦ هـ الإجارة على أحد الشرطين
٢٤٨ هـ إجارة العبد
٢٤٩ هـ الاختلاف في الإجارة

- ٢٨٩ باب فسخ الإجارة
٢٩٢ مسائل متورة
٢٩٣ كتاب المكاتب
٢٩٤ فصل في الكتابة الخامسة
٢٩٧ باب ما يجوز للمكاتب أن يفعله
٢٩٩ فصل وإذا اشترى المكاتب أباها وأبنته دخل في كتابته
٣٠٠ فصل وإذا ولدت المكاتب من المولى فهي بالعتق والغ
٣٠٣ باب من يكاتب عن العبد
٣٠٤ و كتابة العبد المشترك
٣٠٧ و موت المكاتب وعجزه وموت المولى
٣٠٩ كتاب الولاء
٣١٤ فصل في ولاء الموالاة
٣١٥ كتاب الإكراه
٣١٧ فصل وإن أكره على أن يأكل الميت ويشرب الخمر الغ
٣٢٠ كتاب الحجر
٣٢١ باب الحجر للفساد
٣٢٤ فصل في حد البلوغ
٣٢٥ باب الحجر بسبب الدين

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ
مِنْ مَنَاصِبِ الْحَاكِمِينَ وَشَرَكَاةٍ خَلْقَةٍ

المُهَدَّيَاتُ

سَمْع

بَدَايَةُ الْمُبْتَدِئِ

تأليف

شيخ الإسلام برهان الدين

أبي الحسن علي بن أبي بكر بن عبد الجليل

الرشداقي الرغيناني

للمرقمة ٥٩٣ هجرية

في الفقه على مذهب الإمام الأعظم أبي حنيفة النعمان

المجلد الرابع

الطبعة الأخيرة

شركة مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده بمصر
بمؤونة نصار الحلبي وشركاه - خلفاء

مَنْ بَرِدَ اللَّهُ بِرَحْمَةٍ يُنْقِئَهُ فِي أَذُنٍ
(حديث مرسل)

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

كتاب المأذون

الإذن : الاعلام لغة ، وفي الشرع : فكّ الحجر وإسقاط الحق عندنا ، والعبد بعد ذلك يتصرف لنفسه بأهليته ، لأنه بعد الرقّ بقي أهلا للتصرف بلسانه الناطق وعقله المميز وانعجازه عن التصرف لحق المولى لأنه ما عهد تصرفه إلا موجبا لتعلق الدين برقبته وبكسبه وذلك مال المولى فلا بد من إذنه كيلا ييطل حقه من غير رضاه ، ولهذا لا يرجع بمالحقه من المهددة على المولى ، ولهذا لا يقبل التوقيت ، حتى لو أذن لعبده يوما أو شهرا كان مأذونا أبدا ، حتى يحجر عليه لأن الإسقاطات لا تنوقت ، ثم الاذن كما يثبت بالصريح يثبت بالامالة كما إذا رأى عبده يبيع ويشترى فسكت بصير مأذونا عندنا خلافا لزرغر والشافعي رحمهما الله ، ولا فرق بين أن يبيع عبدا مملوكا للمولى أو لأجنبي بإذنه أو بغير إذنه يباع صحيحا أو فاسدا ، لأن كل من رآه يظنه مأذونا له فيها فيعاقده فيتضرر به ولو لم يكن مأذونا له ولو لم يكن المولى راضيا به لمنعه دفعا للضرر عنهم .

قال (وإذا أذن المولى لعبده في التجارة إذنا عاما جاز تصرفه في سائر التجارات) ومعنى هذه المسألة أن يقول له : أذنت لك في التجارة ولا يقيده ، ووجهه أن التجارة اسم عام يتناول الجنس ، فيبيع ويشترى ما بدا له من أنواع الأعيان لأنه أصل التجارة (ولو باع أو اشترى بالتبني اليسير فهو جائز) لتصلح الاحتراز عنه (وكلنا بالفاشح عند أبي حنيفة

رحمه الله خلافا لها) هما يقولان: إن البيع بالفاحش منه بمنزلة التبرع حتى اعتبر من المريض من ثلث ماله ، فلا ينظمه الاذن كالمهبة ، وله أنه تجارة والعبد متصرف بأهلية نفسه فصار كالحر ، وعلى هذا الخلاف الصبي المأذون (ولو حابي في مرض موته تعتبر من جميع ماله إذا لم يكن عليه دين وإن كان فمن جميع ما بقى) لأن الاقتصار في الحر على الثلث لحق الورثة ولا وارث للعبد ، وإذا كان الدين محبطا بما في يده يقال للمشتري أد جميع المخاباة ولا فردد البيع كما في الحر (وله أن يسلم ويقبل السلم) لأنه تجارة (وله أن يوكل بالبيع والشراء) لأنه قد لا يتضرع بنفسه .

قال (ورهن ورهنين) لأنهما من توابع التجارة فإيهما إيفاء واستيفاء (وملك أن يظلم الأرض ويستأجر الأجراء واليوت) لأن كل ذلك من صنيع التجار (ويأخذ الأرض مزروعة) لأن فيه تحصيل الربح (ويشترى طعاما فيزرعه في أرضه) لأنه يقصد به الربح قاله عليه الصلاة والسلام « الزاوع يتاجر به » (وله أن يشارك شركة عتاق ويدفع المال مطلوبة ويأخذها) لأنه من عادة التجار . (وله أن يؤاجر نفسه) عندنا خلافا للشافعي رحمه الله هو يقول لا يملك العقد على نفسه فكذا على منافعهما ، لأنها تابعة لها . ولنا أن نفسه رأس ماله فيملك التصرف فيها إلا إذا كان يتضمن إبطال الاذن كالبيع لأنه ينحصر به والرهن لأنه يحبس به فلا يحصل مقصود المولى . أما الاجارة فلا ينحصر به ويحصل به المقصود وهو الربح فيملكه ؛

قال (فإن أذن له في نوع منها دون غيره فهو مأذون في جميعها) وقال زفر والشافعي رحمه الله : لا يكون مأذونا إلا في ذلك النوع ، وعلى هذا الخلاف إذا ناه عن التصرف في نوع آخر ، لها أن الإذن توكيل وإثابة من المولى ، لأنه يستفidelالولاية من جهته ، ويثبت الحكم وهو الملك له دون العبد ، ولهذا يملك حجره فيخصص بما خصه به بالمضارب . ولنا أنه إسقاط الحق وفك الحجر على مايناه وعند ذلك تظهر مالكية العبد فلا يخصص بنوع دون نوع ، بخلاف الوكيل ، لأنه يتصرف في مال غيره ، فتثبت له الولاية من جهته وحكم التصرف وهو الملك واقع للعبد ، حتى كان له أن يصره إلى قضاء الدين والنفقة وما استغنى عنه بخلفه المالك فيه .

قال (وإن أذن له في شيء بعيته فليس بمأذون) لأنه استخدام ، ومعناه أن يأمره بغيره ثوب معين للكسوة أو طعام وزقا لأهله ، وهذا لأنه لو صار مأفوتا بنفسه علي

باب الاستخدام ، بخلاف ما إذا قال أدّ إلى الغلة كل شهر كذا أو قال : أدّ إلى ألفا وأنت حرّ لأنه طلب منه المال ولا يحصل إلا بالكسب أو قال له : اقم صباغا أو قصارا لأنه أذن بشراء مالا بد له منه وهو نوع فيصير مأذونا في الأنواع .

قال (وإقرار المأذون بالديون والنصوب جائز وكذا بالودائع) لأن الإقرار من توابع التجارة إذ لو لم يصح لا جنب الناس مبايعته ومعاملته ولا فرق بين ما إذا كان عليه دين أو لم يكن إذا كان الإقرار في صحته ، فإن كان في مرضه يقدم دين الصحة كما في الحرّ ، بخلاف الإقرار بما يجب من المال بسبب التجارة لأنه كالمحجور في حقه .

قال (وليس له أن يتزوج) لأنه ليس بتجارة .

قال (ولا يزوج ماله) وقال أبو يوسف رحمه الله : يزوج الأمة لأنه تحصل المال بمنافعها فأشبه إيجارها ، ولما أن الأذن يتضمن التجارة ، وهذا ليس بتجارة ولهذا لا يملك تزويج العبد ، وعلى هذا انخلاف الصبي المأذون والمضارب والشريك شركة عتاق والأب والوصى .

قال (ولا يكتب) لأنه ليس بتجارة ، إذ هي مبادلة المال بالمال ولابد فيه مقابل لفك الحجر فلم يكن تجارة (إلا أن يميزه المولى ولا دين عليه) لأن المولى قد ملكه ويصير العبد نائبا عنه وترجع الحقوق إلى المولى لأن الوكيل في الكتابة سفير .

قال (ولا يعتق على مال) لأنه لا يملك الكتابة فالإعتاق أولى (ولا يقرض) لأنه تبرع محض كالمدة (ولا يهب بنوع ولا يغير عوض وكذا لا يتصدق) لأن كل ذلك تبرع يصريحه ابتداء وانتهاء أو ابتداء فلا يدخل تحت الإذن بالتجارة .

قال (إلا أن يهدي البسر من الطعام أو يضيف من يطعمه) لأنه من ضرورات التجارة استجلابا لقلوب المهاجرين ، بخلاف المحجور عليه ، لأنه لا إذن له أصلا فكيف يثبت ما هو من ضروراته ، وعن أبي يوسف رحمه الله : أن المحجور عليه إذا أعطاه المولى قوت يومه فدعا بعض رفقائه على ذلك الطعام فلا بأس به ، بخلاف ما إذا أعطاه قوت شهر ، لأنهم لو أكلوه قبل الشهر يضرّر به المولى . قالوا : ولا بأس للمرأة أن تتصدق من منزل زوجها بالشيء البسر كالزبيب ونحوه لأن ذلك غير ممنوع عنه في العادة .

قال (وله أن يخط من الثمن بالعيب مثل ما يخط التجار) لأنه من صنيعهم ، وربما يكون الخط أنظر له من قبول العيب ابتداء ، بخلاف ما إذا خط من غير عيب لأنه تبرع

عصى بعد تمام العقد فليس من صنع التجار ، ولا كذلك المجابة في الابتداء لأنه قد يحتاج إليها على ما بيناه (وله أن يؤجل في دين وجب له) لأنه من عادة التجار .

قال (ودبونه متعلقة برقبته يباع للفرماء إلا أن يفسديه المولى) وقال زفر والشافعي وحكما الله : لا يباع ويباع كسبه في دينه بالإجماع ، لما أن غرض المولى من الإذن تحصيل مال لم يكن لاغويته مال قد كان له وذلك في تعليق الدين بكسبه ، حتى إذا فضل شيء منه عن الدين يحصل له لا بالرقبة ، بخلاف دين الاستهلاك لأنه نوع جناية ، واستهلاك الرقبة بالجناية لا يتعلق بالإذن . ولنا أن الواجب في ذمة العبد ظهر وجوبه في حق المولى ، فيتعلق برقبته استيفاء كدين الاستهلاك ، والجامع دفع الضرر عن الناس ، وهذا لأن سببه التجارة وهي داخلية تحت الإذن ، وتعلق الدين برقبته استيفاء حامل على المعاملة فمن هذا الوجه صلح غرضاً للمولى ، ويتعلم الضرر في حقه بدخول المبيع في ملكه ، وتعلقه بالكسب لا ينافي تعلقه بالرقبة ، فيتعلق بهما غير أنه يبدأ بالكسب في الاستيفاء إبقاء لحق الفرماء وإبقاء المقصود المولى ، وعند انعدامه يستوفى من الرقبة ، وقوله في الكتاب ديونه المراد منه دين وجب بالتجارة أو بما هو في معناها كالبيع والشراء والإجارة والاستئجار وضمان الغصب والودائع والأمانات إذا جحدتها وما يجب من العتق بوطء المشتراة بعد الاستحقاق لاستناده إلى الشراء فيلحق به .

قال (ويقسم ثمنه بينهم بالحصص) لتعلق حقهم بالرقبة فصار كتمتعها بالركة (فإن فضل شيء من ديونه طوّل به بعد الحرية) لتقرر الدين في دمه وعدم وفاء الرقبة به (ولا يباع ثانياً) كيلاً بمنع البيع ، أو دفعاً للضرر عن المشتري (ويتعلق دينه بكسبه سواء حصل قبل لحرق الدين أو بعده ، ويتعلق بما يقبل من الهبة) لأن المولى إنما يخلفه في الملك بعد فراقه عن حاجة العبد ولم يفرغ (ولا يتعلق بما انتزعه المولى من يده قبل الدين) لوجود شرط الخلو له (وله أن يأخذ غلة مثله بعد الدين) لأنه لو لم يمكن منه بحجر عليه فلا يحصل الكسب ، والزيادة على غلة المثل يردّها على الفرماء لعدم الضرورة فيها وتقدم حقهم .

قال (فإن حجر عليه لم ينحجر حتى يظهر حجره بين أهل سوقه) لأنه لو انحجر لتضرر الناس به لتأخر حقهم إلى ما بعد العتق : لما لم يتعلق برقبته وكسبه وقد بايعوه على رجاء ذلك ، ويشترط علم أكثر أهل سوقه حتى لو حجر عليه في السوق . وليس فيه إلا رجل أو رجلان لم ينحجر ولو بايعوه جاز ، وإن بايعه النسي علم بحجره ، ولو حجر عليه

في بيته بحضور من أكثر أهل سوته بنحجر ، والمعتبر شيوع الحجر واشتباره فيعلم ذلك مقام الظهور عند الكل كما في تبليغ الرسالة من الرسل عليهم السلام ، ويبقى العبد مأذوناً إلى أن يعلم بالحجر كالتوكيل إلى أن يعلم بالزل ، وهذا لأنه يتضرر به حيث يلزمه قضاء الدين من خالص ماله بعد العتق وما رضى به وإنما يشترط الشيوع في الحجر إذا كان الإذن شائعاً . أما إذا لم يعلم به إلا العبد ثم حجر عليه يعلم منه ينحج لأنه لا ضرر فيه .

قال (ولو مات المولى أو جن أو لحق بدار الحرب مرتدا صابوا المأذون محجوراً عليه) لأن الإذن غير لازم ، وما لا يكون لازماً من التصرف يعطى لدوامه حكم الإبتداء هنا هو الأصل ، فلا بد من قيام أهلية الإذن في حالة البقاء وهي تنعدم بالموت والجنون ، وكلما بالحق لأنه موت حكماً حتى يقسم ماله بين ورثته .

قال (وإذا أبى العبد صابراً محجوراً عليه) وقال الشافعي رحمه الله : يبقى مأذوناً لأن الإباق لا ينافي ابتداء الإذن فكلما لا ينافي البقاء وصار كالنصب . ولنا أن الإباق حجر دلالة ، لأنه إنما يرضى بكونه مأذوناً على وجه يمكن من تقضيه دينه بكسبه ، بخلاف ابتداء الإذن لأن الدلالة لا تعتبر بها عند وجود الصريح بخلافها ، وبخلاف الفصص لأن الانزعاج من يد الغاصب متيسر . قال (وإذا ولدت المأذون لها من مولعها فذلك حجر عليها) خلافاً لما زعم رحمه الله ، هو يعتبر حالة البقاء بالإبتداء . ولنا أن الظاهر أنه يحصنها بعد الولادة فيكون دلالة الحجر عادة بخلاف الإبتداء لأن الصريح قاض على الدلالة (ويضمن المولى قيمتها إن ركبها ديون) لإثباته عملاً تعلق به حق الغرماء ، إذ به يتمتع البيع وبه يقضى حقهم .

قال (وإذا استدان الأمة المأذون لها أكثر من قيمتها قدرها المولى فهي مأذون لها على حالها) لإعتداف دلالة الحجر إذ العادة ما جرت بتحصين المدبرة ولا مناقاة بين حكمها أيضاً والمولى ضامن لقيمتها لما عرّفناه في أم الولد .

قال (وإذا حجر على المأذون له لإقراره جائز فيما في يده من المال عند أبي حنيفة رحمه الله) وممنه : أن يقر بما في يده أنه أمانة نغزه أو غصب منه ، أو يقر بدبره عليه فيقضى عنه في يده . وقال أبو يوسف ومحمد رحمه الله : لا يجوز إقراره ، لما أن المصحح لإقراره إن كان هو الإذن فقد زال بالحجر ، وإن كان اليد فالحجر أبطلها ، لأن يد المحجور غير صالحة وصار كما إذا أخذ المولى كسبه من يده قبل إقراره أو ثبت حجره بالبيع من غيره ، ولها لا يصح إقراره في حق الرقبة بعد الحجر ، وله أن المصحح هو اليد ، ولها لا يصح إقرار المأذون فيما أعلمه المولى من يده واليد باقية حقيقة .

وشرط بطلانها بالحجر حكما فراغها عن حاجته وإقراره دليل تحققها ، بخلاف ما إذا
أنزعه المولى من يده قبل الإقرار ، لأن يد المولى ثابتة حقيقة وحكما فلا تبطل بإقراره ،
وكذا ملكه ثابت في رقبته فلا يبطل بإقراره من غير رضاه ، وهذا بخلاف ما إذا باعه لأن
العبد قد تبدل بتبدل الملك على ما عرف فلا يبقى ما ثبت بحكم الملك ، ولهذا لم يكن خصما فيها
باشرة قبل البيع .

قال (وإن أئتمه ديون تحيط بماله ورجته لم يملك المولى ما في يده ، ولو أئتم من
كسبه عبدا لم يئتم أحد أبي حنيفة رحمه الله ، وقالوا : يملك ما في يده ويئتم وعليه قيمة)
لأنه وجد سبب الملك في كسبه وهو ملكه رقبته ، ولهذا يملك إحتاها ووطء الجارية
الآخون لما وهذا آية كماله ، بخلاف الوارث لأنه يثبت الملك له نظرا للمورث ، وإنظر في
فصله عند إحاطة الدين بتركته .

أما ملك المولى فما ثبت نظرا للعبد ، وله أن يملك المولى إنما يثبت خلافة من العبد عند
فراغه من حاجته كذلك الوارث على ما قررناه والمحيط به الدين مشغول بها فلا يملكه فيه ،
وإذا عرف ثبوت الملك وحلوه بالحق فريضة ، وإذا نفذ عندهما يضمن قيمة للفرءاء
لصلقي حكمهم به .

قال ، (وإن لم يكن الدين محيطا بماله جاز حقه في قولهم جميعا) أما عندهما فظاهر وكذا
عنده لأنه لا يعرى عن قليله فلو جبل مانعا لأنسد باب الانتفاع بكسبه فيختل ما هو
المقصود من الإذن ولهذا لا يمنع ملك الوارث والمستغرق يمنعه .

قال (وإن باع من المولى شيئا بمثل قيمته جاز) لأنه كالأجنبي عن كسبه إذا كان عليه
دين يحيط بكسبه (وإن باعه بتقصان لم يجز مطلقا) لأنه منهم في حقه ، بخلاف ما إذا
باع الأجنبي عند أبي حنيفة رحمه الله ، لأنه لا تهمة فيه ، وبخلاف ما إذا باع المريض
من الوارث بمثل قيمته حيث لا يجوز عنده ، لأن حق بقية الورثة تعلق بعينه ، حتى كان
لأحدهم الاستخلاص بأداء قيمته أما حق الفرءاء تعلق بالمالية لا غير فافترقا ، وقالوا : إن
باعه بتقصان يجوز البيع ، ويجوز للمولى إن شاء أزال المحاباة ، وإن شاء نقض البيع وعلى
المدينين اليسير من المحاباة والفاسخ سواء .

ووجه ذلك : أن الامتناع لدفع الضرر عن الفرءاء وبهذا يتدفع الضرر عنهم وهذا
بخلاف البيع من الأجنبي بالمحابة اليسيرة ، حيث يجوز ولا يؤمر بإزالة المحاباة والمولى يؤمر
به لأن البيع باليسير منها متردد بين التبرع والبيع لدخوله تحت تقويم القومين فاعتبرناه

تبرعها في البيع مع المولى للثمة غير تبرع في حق الأجنبي لاتعدامها ، وبخلاف ما إذا باع من الأجنبي بالكثير من المحاباة حيث لا يجوز أصلا عند ما ومن المولى يجوز ويؤمر بإزالة المحاباة لأن المحاباة لا يجوز من العبد المأذون على أصلهما إلا بإذن المولى ولا إذن في البيع مع الأجنبي وهو إذن بمباشرة بنفسه غير أن إزالة المحاباة لحق الفرما وهذا الفرقان على أصلهما .

قال (وإن باعه المولى شيئا بمثل القيمة أو أقل جاز البيع) لأن المولى أجنبي عن كسبه إذا كان عليه دين على ما بيناه ، ولا ثمة في هذا البيع ، ولأنه مفيد فإنه يدخل في كسبه العبد ما لم يكن فيه ويتمكن المولى من أجل الثمن بعد أن لم يكن له هذا التمكن وصحة التصرف تتبع الفائدة (فإن سلم المبيع إليه قبل قبض الثمن بطل الثمن) لأن حق المولى في الثمن من حيث الحبس ، فلو بقي بعد سقوطه بقي في الدين ولا يستوجه المولى على عبده ، بخلاف ما إذا كان الثمن عرضا لأنه يتعين وجاز أن يبقى حقه متعلقا بالعين :

قال (وإن أسكه في يده حتى يستوفى الثمن جاز) لأنه البائع له حق الحبس في المبيع ، ولهذا كان أنقص به من سائر الفرما وجاز أن يكون للمولى حق في الدين إذا كان يتعلق بالعين (ولو باعه بأكثر من قيمته يؤمر بإزالة المحاباة أو بنقض البيع) كما بينا في جانب العبد لأن الزيادة تعلق بها حق الفرما .

قال (وإذا أعتق المولى المأذون وعليه ديون فعتقه جاز) لأن ملكه فيه باق ، والمولى ضامن لقيمته للفرما ، لأنه أنلف ما تعلق به حقهم فيما واستيفاء من ثمنه (وما بقى من الديون يطالب به بعد العتق) لأن الدين في ذمة وما لزم المولى إلا بقدر ما أنلف ضمانا فبقى الباقي عليه كما كان (فإن كان أقل من قيمته ضمن الدين لا غير) لأن حقهم بقدره ، بخلاف ما إذا أعتق المدير وأم الولد المأذون لهما وقد ركبتهما ديون لأن حق الفرما لم يتعلق برقبتهما استيفاء بالبيع فلم يكن المولى متلفا حقهم فلم يتضمن شيئا .

قال (فإن باعه المولى وعليه دين يحيط برقبته وقبضه المشتري وغيره فإن شاء الفرما ضمنوا البائع قيمته ، وإن شاعوا ضمنوا المشتري) لأن العبد تعلق به حقهم حتى كان لهم أن يبيعوه إلا أن يقضى المولى دينهم ، والبائع متلف حقهم بالبيع والتسليم والمشتري بالقبض والتنصيب فيخبرون في التضمين (وإن شاعوا أجازوا البيع وأخذوا الثمن) لأن الحق لهم والإجازة اللاحقة كالإذن السابق كما في المرهون (فإن ضمنوا البائع قيمته ، ثم رد على المولى بعيب ، فلهمولى أن يرجع بالقيمة ، ويكون حق الفرما في العبد) لأن

سبب الضمان قد زال وهو البيع والتسليم ، وصار كالتعاقب إذا باع وسلم ، وضمن القيمة ثم رد عليه بالبيع كان له أن يرد على المالك ويسترد القيمة كذا هذا .

قال (ولو كان المولى باعه من رجل وأعلمه بالدين فللغرماء أن يردوا البيع) لتعلق حقهم وهو حتى الاستعاء والاستيفاء من وقته ، وفي كل واحد منها فائدة فالأول تام مؤخر والثاني ناقص معجل ، وبالبيع تقوت هذه الخيرة ، فلهذا كان لهم أن يردوه قالوا وأويله إذا لم يصل إليهم الثمن ، فإن وصل ولا محابة في البيع ليس لهم أن يردوه لو وصل حقهم إليهم . قال (فإن كان البائع غائبا فلا خصومة بينهم وبين المشتري) معناه إذا أنكر الدين وهذا عند أبي حنيفة وعندهما رحمه الله ، وقال أبو يوسف رحمه الله : المشتري خصمهم ويقضى لهم بدينهم) وعلى هذا الخلاف إذا اشترى دارا ووهبها وسلمها ، وغاب ثم حضر الشئع ، فالموهوب له ليس بخصم عددها خلافا له ، وعندهما مثل قوله في مسئلة الشفعة ، لأبي يوسف رحمه الله : أنه يدعى الملك لنفسه فيكون خصما لكل من ينازعه ، ولهما أن الدعوى تنضم لفسخ العقد وقد قام بهما فيكون الفسخ قضاء على الغائب .

قال (ومن قدم مصرا وقال أنا عبد لفلان فاشترى وباع لزمه كل شيء من التجارة) لأنه إن أخبر بالإذن فالأخبار دليل عليه ، وإن لم يجبر فتصرفه دليل عليه إذ الظاهر أن المحجور يجري على موجب حجره والعمل بالظاهر هو الأصل في المعاملات كيلا يضيع الأمر على الناس (إلا أنه لا يناع حتى يحضر مولاه) لأنه لا يقبل قوله في الرقبة لأنها مخالصة حق المولى بخلاف الكسب لأنه حق العبد على ما بينا (فإن حضر وقال : هو مأذون بيع في الدين) لأنه ظهر الدين في حق المولى (وإن قال هو محجور فاقول قوله) لأنه متمسك بالأصل .

فصل

(وإذا أذن ولي العنبي لاصبي في التجارة فهو في البيع والشراء كالعبد المأذون إذا كان يحل البيع والشراء حتى ينفذ تصرفه) وقال الشافعي رحمه الله : لا ينفذ لأن حجره لهباه غيبى ببقائه ، ولأنه مولى عليه حتى يملك الولي التصرف عليه ، ويملك حجره فلا يكون ولها للمنافاة وصار كالطلاق والعتاق ، بخلاف الصوم والصلاة لأنه لا يقام بالولي ، وكذلك الوصية على أصله فتحققت الضرورة إلى تنفيذه منه .

أما البيع والشراء فيتولاها الولي فلا ضرورة ههنا . ولنا أن التصرف المشروع صادر من أهله في محله عن ولاية شرعية فوجب تنفيذه على ما عرف تقريره في الخلافات والصبا سبب الحجر لعدم الهداية لا لذاته ، وقد ثبت نظرا إلى إذن الولي وبقاء ولايته لنظر الصبي لأمه المصلحة بطريقين ، واحتمال تبدل الحال ، بخلاف الطلاق والعناق لأنه ضار محض فلم يؤهل له ، والنافع المحض كقبول الهبة والصدقة يؤهل له قبل الإذن والبيع والشراء دائر بين النفع والضرر ، فيجمل أهلا له بعد الإذن لا قبله لكن قبل الإذن يكون موثوقا منه على إجازة الولي لاحتمال وقوعه نظرا وصحة التصرف في نفسه ، وذكر المرحوم في الكتاب ينتظم الأب والجد عند علمه والوصي والقاضي والولي ، بخلاف صاحب الشرط ، لأنه ليس إليه تقليد القضاة والشرط أن يعقل كون البيع ماليا للملك جالبا للربح والتشبيه بالعبد المأذون له يفيد أن ما يثبت في العبد من الأحكام يثبت في حقه ، لأن الإذن فك الحجر والمأذون يتصرف بأهلية نفسه عبدا كان أو صبيا ، فلا يتقيد تصرفه بنوع دون نوع ، ويصير مأذونا بالسكوت كما في العبد ويصح إقراره بما في يده من كسبه ، وكذا بموروثه في ظاهر الرواية ، كما يصح إقرار العبد ولا يملك تزويج عبده ولا كتابته كما في العبد ، والمعنوه الذي يعقل البيع والشراء بمنزلة الصبي يصير مأذونا بإذن الأب والجد والوصي دون غيرهم على ما بيناه وحكمه حكم الصبي والله أعلم :

كتاب الغصب

الغصب في اللغة : حيلة . عن أخذ الشيء من الغير على سبيل التغلب للاستعمال فيه دين أهل اللغة ، وفي الشريعة : أخذ مال منقوم محترم ، بغير إذن المالك على وجه يزيل يده ، حتى كان استخدام العبد وحل الدابة غصبا دون الجلوس على البساط ، ثم إن كان مع العلم فحكمه المأثم والمغرم ، وإن كان بدونه فالضمان لأنه حق العبد ، فلا يتوقف على قصده ولا إثم لأن الخطأ موضوع .

قال (ومن غصب شيئا له مثل كالكيل والموزون فهلك في يده فعليه مثله) وفي بعض النسخ فعليه ضمان مثله ولا تفاوت بينهما وهذا لأن الواجب هو المثل لقوله تعالى - فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم - ولأن المثل أعدل لما فيه من مراعاة الجنس والمالبة فكان أدفع للضرر .

قال (فإن لم يقدّر على مثله فعليه قيمة يوم يختصمون) وهذا (عند أبي حنيفة ، وقال أبو يوسف رحمه الله : يوم النصب ، وقال محمد رحمه الله يوم الانقطاع) لأبي يوسف رحمه الله : أنه لما انقطع التحق بما لا مثل له فتعتبر قيمته يوم انعقاد السبب إذ هو الموجب ومحمد رحمه الله : أن الواجب المثل في الذمة ، وإنما ينتقل إلى القيمة بالانقطاع فتعتبر قيمته يوم الانقطاع ، ولأبي حنيفة رحمه الله أن النقل لا يثبت بمجرد الانقطاع ، ولهذا لو صبر إلى أن يوجد جنسه له ذلك وإنما ينتقل بقضاء القاضي ، فتعتبر قيمته يوم الخصومة والقضاء ، بخلاف ما لا مثل له لأنه مطالب بالقيمة بأصل السبب كما وجد فتعتبر قيمته عند ذلك ؟

قال (وما لا مثل له فعليه قيمة يوم غصبه) معناه المدنيات المتفاوتة ، لأنه لا تظهر مراعاة الحق في الجففس ، فيراعى في المالية وحدها دفعا للضرر بقدر الإمكان ، أما العمدى المتقارب فهو كالمكيل ، حتى يجب مثله لقلة التفاوت وفي البر الخلو بالشمع القيمة لأنه لا مثل له .

قال (وعلى الغاصب رد العين المنصوبة) معناه مادام قائما لقوله عليه الصلاة والسلام على اليد ما أخذت حتى ترد . وقال عليه الصلاة والسلام (لا يجز لأحد أن يأخذ متاع أخيه لاحبا ولا جادا فإن أخذه فليرده عليه) ولأن اليد حتى مقصود وقد فوتها عليه فيجب إعادتها بالرد إليه وهو الموجب الأصل على ما قالوا ، ورد القيمة مخلص خلفا لأحكامه قاصر ، إذ السكال في رد العين والمالية ، وقيل الموجب الأصل القيمة ، ورد العين مخلص ويظهر ذلك في بعض الأحكام :

قال (والواجب الرد في المسكان الذي غصبه) لطاوت القيم بضاوت الأماكن (فإن ادعى هلاكها حبسه الحاكم حتى يعلم أنها لو كانت باقية لأظهرها ثم قضى عليه بطلان) لأن الواجب رد العين والملاك بعارض ، فهو يدعى أمرا عارضا بخلاف الظاهر ، فلا يتقبل قوله ، كما إذا ادعى الإفلاس وعليه ثمن متاع ، فيحبس إلى أن يعلم ما بدعيه ، فإذا علم هلاكه سقط عنه رده فيلزمه رد بدله وهو القيمة .

قال (والنصب فيما يتقبل ويحول) لأن النصب بحقيقته يتحقق فيه دون غيره ، لأن إقامة اليد بالقتل (وإذا غصب عقارا فهلك في يده لم يضمه) وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمه الله . وقال محمد رحمه الله : يضمه وهو قول أبي يوسف رحمه الله

الأوك ، وبه قال الشافعي رحمه الله ، لتحقق إثبات اليد ومن ضرورته زوال يد المالك لاستحالة اجتماع اليدين على محل واحد في حالة واحدة ، فيتحقق الوصفان وهو النصب على ماينته ، فصار كالمنقول ويجود الوديعة ، ولهما أن النصب لإثبات اليد بإزالة يد المالك بفعل في العين ، وهذا لا يتصور في العقار ، لأن يد المالك لا رول إلا بإخراجه عنها وهو فعل فيه لا في العقار ، فصار كما إذا بعد المالك عن المواشي ، وفي المنقول النقل فعل فيه وهو النصب ومسئلة الجحود ممنوعة ، ولو سلم فالضمان هناك بترك الحفظ المحترم وبالجحود تارك لذلك .

قال (وما نقصه منه بقطعه أو سكناه ضمنه في قولهم جميعا) لأنه إلتلاف والعقار يضمن به ، كما إذا نقل رابه لأنه فعل في العين ويدخل فيها قاله إذا انتهكت النار بسكناه وعمله ، فلو غصب دارا وباعها وسلمها ، وأقر بملك المشتري ينكر غصب البائع ولا يئنه لصاحب الدار فهو على الاختلاف في النصب هو الصحيح .

قال (وإن انتقص بالزراعة يفرم النقصان) لأنه ألتف البعض ، فيأخذ رأس ماله ويتصدق بالفضل ؛

قال رضى الله عنه : (وهذا عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله ، وقال أبو يوسف رحمه الله : لا يتصدق بالفضل) وسندكر الوجه من الجانبين .

قال (وإذا هلك الثقل في يد الفاضب بفعله أو بغير فعله ضمنه) وفي أكثر نسخ المختصر وإذا هلك النصب والمنقول هو المراد لما سبق أن النصب فيما ينقل ، وهذا لأن العين دخل في ضمانه بالنصب للسابق ، إذ هو السبب وعند العجز عن رده يجبرد القيبة أو يقرر بذلك السبب ، ولهذا تعتبر قيمته يوم النصب (وإن نقص في يده ضمن النقصان) لأنه يدخل جميع أجزائه في ضمانه بالنصب ، فالتعذر رده عنه يجب رده قيمته ، بخلاف تراجع السر ، إذا رد في مكان النصب ، لأنه عبارة عن فتور الرغبات دون فوت الجزء وبخلاف المبيع لأنه ضمان عقد ، أما النصب فقيض ، والأوصاف تضمن بالفعل لا بالعقد على ما عرف . قال رضى الله عنه : ومزاده غير الربوى . أما في الربويات لا يمكنه تضمين النقصان مع استرداد الأصل لأنه يؤدي إلى الربا .

قال (ومن غصب عبدا فاستغله فقصته الغلة عليه النقصان) لما بيناه (ويتصدق بالغلة) قال رضى الله عنه : وهذا عندنا أيضا ، وعنده لا يتصدق بالغلة ، وعلى هذا

الخلاف إذا تبرع المستعير المستعار لأن يورث رحمه الله أنه حصل في ضمانه وملكه ، أما الضمان فظاهر ، وكذلك الملك في المضمون ، لأن المضمونات تملك بأداء الضمان مستقدا إلى وقت القصب عندنا ، ولما أنه حصل بسبب خيث وهو التصرف في ملك الغير وما هذا حاله فسيبيله التصديق ، إذ الفرع يحصل على وصف الأصل والملك المستند ناقص فلا يتعدى به الخيث .

(فلو هلك العبد في يد الغاصب حتى ضمته له أن يستعين بالغة في أداء الضمان) لأن الخيث لأجل المالك ، ولهذا لو أدى إليه يباح له التناول ، فيزول الخيث بالأداء إليه ، بخلاف ما إذا باعه فهلك في يد المشتري ، ثم استحق وغرمه ليس له أن يستعين بالغة في أداء الثمن إليه ، لأن الخيث ما كان لحق المشتري إلا إذا كان لا يجده غيره لأنه محتاج إليه فله أن يصرفه إلى حاجة نفسه ، فلو أصاب مالا تصدق بمثله إن كان غنيا وقت الاستعمال ، وإن كان فقيرا فلا شيء عليه لما ذكرنا .

قال (ومن غصب ألفا فاشتري بها جارية فباعها بألفين ، ثم اشترى بألفين جارية فباعها بثلاثة آلاف درهم فإنه يتصدق بجميع الربيع وهذا عندهما) وأصله : أن الغاصب أو المودع إذا تصرف في المنصوب أو الوديعة وبيع لا يطيب له الربيع عندهما خلافاً لأن يوصف رحمه الله ، وقد مرت الدلائل ، وجوابهما في الوديعة أظهر ، لأنه لا يستند الملك إلى ما قبل التصرف ، لانعدام سبب الضمان فلم يكن التصرف في ملكه ، ثم هذا ظاهر فيما يتعين بالإشارة ، أما فيما لا يتعين كالثنتين فقوله في الكتاب اشترى بها إشارة إلى أن التصديق إنما يجب إذا اشترى بها ونقد منها الثمن . أما إذا أشار إليها ونقد من غيرها أو نقد منها وأشار إلى غيرها أو أطلق إطلاقاً ونقد منها يطيب له ، وهكذا قاله الكرخي . رحمه الله ، لأن الإشارة إذا كانت لا تفيد التعيين لا بد أن يتأكد بالنقد ليحقق الخيث . وقال بعض مشايخنا رحمهم الله : لا يطيب له قبل أن يضمن وكذا بعد الضمان بكل حال . وهو المختار لإطلاق الجواب في الجامعين والمبسط .

قال (وإن اشترى بالألف جارية تساوى ألفين فوهبها أو طعما فأكله لم يتصدق بشيء) وهذا قولهم جميعاً لأن الربيع إنما يقين عند اتحاد الجنس . والله سبحانه وتعالى أعلم :

فصل : فيما يتغير بفعل الغاصب

قال (وإذا تغيرت العين المخصوصة بفعل الغاصب ، حتى زال اسمها وعظم منافعها زال ملك المخصوص من عنها وملكها الغاصب وضمنها ، ولا يحل له الانتفاع بها حتى يؤدي بطلان كمن غصب شاة وذبحها وشواها أو طبخها أو حطها فطحنها ، أو حطبها فأنخله سيفا ، أو صغرا فعمله آنية) وهذا كله عندنا . وقال الشافعي رحمه الله : لا يتقطع حق المالك ، وهو رواية عن أبي يوسف رحمه الله ، غير أنه إذا اختار أخذ الدقيق لا يضمنه القصاص عنه ، لأنه يؤدي إلى الربا ، وعند الشافعي رحمه الله : يضمنه . وعن أبي يوسف رحمه الله : أنه يزول ملكه عنه لكنه يباح في دينه وهو أحق به من الغرماء بعد موته . الشافعي رحمه الله : أن العين باق فيبقى على ملكه وتبطل الصنعة . كما إذا هبت الريح في الحنطة وألقنها في طاحونة الغير فطحنها ، ولا محذور بفعله لأنه عذوق ، فلا يصلح سببا لمالك على ما عرف ، فصار كما إذا انسلم القمل أصلا ، وصار كما إذا ذبح الشاة المخصوصة وسلخها وأربها ، ولنا أنه أحدث صنعة متقومة ، فصور حق المالك بالمسكا من وجه ، ألا ترى أنه تبدل الاسم ، وفات معظم المقاصد وحته في الصنعة قائم من كل وجه ، فيترجع على الأصل الذي هو فوات من وجه ، ولا يجعله سببا للملك من حيث إنه محذور بل من حيث إنه إسقاط الصنعة ، بخلاف الشاة ، لأن اسمها باق بعد الذبح والسلخ وهذا الوجه يشمل القصول المذكورة ، ويتفرع عليه غيرها فاحفظه .

وقوله : ولا يحل له الانتفاع بها حتى يؤدي بطلان استحصان ، والقياس : أن يكون له فلك وهو قول الحسن وزفر رحمه الله ، وهكذا عن أبي حنيفة رحمه الله رواه الترمذي أبو البيث رحمه الله ، وجهه ثبوت الملك المطلق للتصرف ، ألا ترى أنه لو وهبه أو باعها جاز ، وجه الاستحصان : أنه عليه الصلاة والسلام في الشاة المدبومة المصلية بغير رضا صاحبها ، أطعموها الأسارى ، أفاد الأمر بالتصدق زوال ملك المالك ، وحرمة الانتفاع بالغاصب قبل الإرضاء ، ولأن في إباحة الانتفاع فتح باب النقشب ، فيحرم قبل الإرضاء حسبا لمادة القصد ، ونفاذ بيعه وجهته مع الحرمة لقيام الملك كما في الملك القاصد ، وإذا أدى البطلان يباح له لأن حق المالك صار موقوفا بالبدل فحصلت مبادلة بالراضى ، وكذا إذا أقره لسقوط حقه به ، وكذا إذا أدى بالقضاء أو ضمنه الحاكم ، أو ضمنه المالك لوجود الرضا منه لأنه لا يقضى إلا بطلبه ، وعلى هذا اختلاف إذا غصب حنطة فروعها لوجوه

غفرها غير أنه عند أبي يوسف رحمه الله : يباح الانتفاع فيما قبل أداء الضمان لوجود الاستهلاك من كل وجه ، بخلاف ما تقدم لقيام العين فيه من وجه وفي الحنطة يزرعها لا يصدق بالفضل عنده خلافا لهما ، وأصله ما تقدم .

قال (وإن غصب فضة أو ذهباً فغريبها دراهم أو دنانير أو آنية لم يزل ملك مالكمها عنها عند أبي حنيفة رحمه الله فيأخذها ولا شيء للغاصب وقالوا يملكها الغاصب وعليه مثلهما) لأنه أحدث صنعة معتبرة صير حق المالك هالكاً من وجه ، ألا ترى أنه كسره وفات بعض المقاصد والتبر لا يصلح رأس المال في المضاربات والشركات والمضروب يصلح لذلك وله أن العين باقى من كل وجه ، ألا ترى أن الاسم باقى ، ومعناه الأصل الثنية وكونه موزوناً ، وأنه باقى حتى يمرى فيه الربا باعتباره وصلاحيته لرأس المال من أحكام الصنعة دون العين ، وكلما الصنعة فيها غير متقومة مطلقاً ، لأنه لا قيمة لها عند المقابلة بمجسها .

قال (ومن غصب ساجة فبني عليها زال ملك مالكمها عنها ، ولزم للغاصب قيمتها) وقال الشافعي رحمه الله : لتمامك أخذها والوجه من الجانبين قدمناه ، ووجه آخر لنا فيها أن فيها ذهب إليه إضراراً بالغاصب بنقض بئانه الحاصل من غير خاف ، وضرر المالك لها ذهباً إليه مجبور بالقيمة ، فصاركما إذا غلط بالغلط المصوب بطعن جاريته أو عبده ، أو أدخل الروح المصوب في سفينته ، ثم قال الكرخي وأتقيه أبو جعفر الهندواني رحمه الله إنما لا ينقض إذا بني في حوالى الساجة ، أما إذا بني على نفس الساجة بنقض لأنه مصدر فيه وجواب الكتاب يرد ذلك وهو الأصح .

قال (ومن ذبح شاة غيره فآلكتها بالخييار إن شاء ضمنه قيمتها وسلمها إليه ، وإن شاء ضمنه نقصانها وكلها الجزور ، وكلها إذا قطع يدهما) هذا هو ظاهر الرواية ، ووجهه أنه إتلاف من وجه باعتبار فوت بعض الأغراض من الحمل والذئ والنسل ، وبقاء بعضها وهو اللحم فصار كالمخرق الفاحش في الثوب ، ولو كانت العاية غير مأكول اللحم فقطع للغاصب طرفها للمالك أن يضمه جميع قيمتها لوجود الاستهلاك من كل وجه ، بخلاف قطع طرف العبد المملوك حيث يأخذه مع أرض المقطوع لأن الأدنى يبقى متضمناً به بعد قطع الطرف .

قال (ومن خرق ثوب غيره خرقاً يسيراً ضمن نقصانه والثوب للمالك) لأن العين قائم من كل وجه ، وإنما دخله حجب قيمته .

قال (وإن خرق خرقة كبيرة يطل عامه منافعه ، فلمالك أن يصنعه جميع قيمه) لأنه استهلاك من هذا الوجه فكانه أحرقه .

قال رضى الله عنه : معناه يترك الثوب عليه وإن شاء أخذ الثوب وضمنه النقصان لأنه تعيب من وجه من حيث إن العين باقية ، وكذا بعض المنافع قائم ، ثم إشارة الكتاب إلى أن الفاحش ما يطل به عامة المنافع والصحيح أن الفاحش ما يفوت به بعض العين وجنس المنفعة ويبقى بعض العين وبعض المنفعة واليسير ما لا يفوت به شيء من المنفعة وإنما يدخل فيه النقصان لأن محمدا رحمه الله جعل في الأصل قطع الثوب نقصانا فاحشا والغائب به بعض المنافع .

قال (ومن غصب أرضا فغرس فيها أو بنى قبل له أقلع البناء والغرس وردها) لقوله عليه الصلاة والسلام : ليس لمرق ظالم حق ، ولأن ملك صاحب الأرض باق ، فإن الأرض لم تصر مستهلكة . والنصب لا يتحقق فيها ولا بد للملك من سبب فيؤمر الشاغل بضررها كما إذا شغل ظرف غيره بطعامه .

قال (فإن كانت الأرض تنقص بقطع ذلك فلمالك أن يضمن له قيمة البناء وقيمة الغرس مقلوها ويكونان له) لأن فيه نظرا لما ودفع الضرر عنهما ، وقوله قيمة مقلوها ، معناه : قيمة بناء أو شجر يؤمر بقلعه لأن حقه فيه إذ لا قرار له فيه ، فتقوم الأرض بكون الشجر والبناء وتقوم وبها شجر أو بناء لصاحب الأرض أن يأمره بقلعه فيضمن فضل ما بينهما .

قال (ومن غصب ثوبا فصبغه أحر أو سوقا فظنه بسمن ، فصاحبه بالخيار إن شاء ضمنه قيمة ثوب أبيض ومثل السوق وسلمه للغاصب وإن شاء أخذها وغرم مازاد الصبغ والسمن فيما) وقال الشافعي رحمه الله : في الثوب لصاحبه أن يسكه ويأمر الغاصب بقطع الصبغ بالقدر الممكن اعتبارا بفصل الساجة بنى فيها ، لأن التمييز ممكن بخلاف السمى في السوق لأن التمييز متعذر : ولنا ما بينا أن فيه رعاية الجانبين ، والخيرة لصاحب الثوب لكونه صاحب الأصل بخلاف الساجة بنى فيها لأن النقص له بعد النقص ، أما الصبغ فيتلاشى ، وبخلاف ما إذا انصبغ بهبوب الريح لأنه لا جناية من صاحب الصبغ لو ضمن الثوب فيتملك صاحب الأصل الصبغ :

قال أبو حنيفة رحمه الله في أصل المسئلة : وإن شاء رب الثوب باعه ويضرب بقيمه

أيضاً وصاحب الصبغ بما زاد الصبغ فيه ، لأن له أن لا يملك الصبغ بالقيمة ، وعند امتناعه تعين رعاية الجانبين في البيع ، ويتأتى هذا فيما إذا انصبغ الثوب بنفسه ، وقد ظهر بما ذكرنا الوجه في السوق ، غير أن السوق من ذوات الأبطال فيضمن مثله والثوب من ذوات القيم فيضمن قيمته .

وقال في الأصل : يضمن قيمة السوق ، لأن السوق يتفاوت بالثقل فلم يبق مثلاً ، وقيل المراد منه المثل سماه به لقيامه مقامه والصفرة كالحمرة ولوصفه أسود فهو نقصان عند أبي حنيفة رحمه الله ، وعندهما زيادة ، وقيل هذا اختلاف مصر وزمان ، وقيل إنه كان ثوباً بتقصه السواد فهو نقصان ، وإن كان ثوباً يزيد فيه السواد ، فهو كالحمرة وقد عرف في غير هذا الموضع ، ولو كان ثوباً بتقصه الحمرة ، بأن كانت قيمته ثلاثين درهماً فرأجت بالصبغ إلى عشرين ، فمن محمد رحمه الله : أنه ينظر إلى ثوب يزيد فيه الحمرة فإن كانت الزيادة خمسة يأخذ ثوبه وخمسة دراهم لأن إحدى الخمسين جبرت بالصبغ .

فصل

(ومن غضب حيناً فغلبها فضمنه المالك قيمتها مملكتها) وهذا عندنا ، وقال الشافعي رحمه الله : لا يملكها لأن الغضب عدوان محض فلا يصلح سبباً للملك كما في المدير : ولما أنه ملك البئس بكناله والمبدل قابل للنقل من ملك إلى ملك فيملكه دفعا للضرورة ، بخلاف المدير لأنه غير قابل للنقل لحق المدير نعم قد يفسخ التدبير بالقضاء لكن للبيع بعده يصلح القرض .

قال (والقول في القيمة قول الناصب مع يمينه) لأن المالك يدعي الزيادة وهو ينكر والقول قول المنكر مع يمينه (إلا أن يقيم المالك البينة بأكثر من ذلك) لأنه أنه بالحجة المألوفة .

قال (فإن ظهرت العين وقيمتها أكثر مما ضمن وقد ضمنها بقول المالك أو ببينة أقامها أو بنكول الناصب من اليمين فلا خطر للمالك وهو الناصب) لأنه ثم له الملك بسبب اتصاله به رضا المالك ، حيث ادعى هذا المقدار .

قال (فإن كان ضمنه بقول الناصب مع يمينه فهو بالخيار إن شاء أمضى الفيلان وإن شاء أخذ اليمين ورد العوض) لأنه لم يتم رضاه بهذا المقدار ، حيث يدعي الزيادة وأعلمه

دونها لعدم الحجة ، ولو ظهرت العين وقيمتها مثل ما ضمنه أو دونه في هذا الفصل الأخير فلكذلك الجواب في ظاهر الرواية وهو الأصح خلافا لما قاله الكرخي رحمه الله : إنه لا خيار له لأنه لم يتم رضاه حيث لم يعط له ما يدعيه والخيار لقوات الرضا .

قال (ومن غصب عبدا فباعه فضمنه المالك قيمته فقد جاز بيعه وإن أحقه ثم ضمن القيمة لم يجز عتقه) لأن ملكه الثابت فيه ناقص لثبوته مستندا أو ضرورة ، ولهذا يظهر في حق الأكساب دون الأولاد والناقص يكتفى لغزو البيع دون العتق كلك المكاتب .

قال (وولد المصوبة ونماؤها وثمرة البستان المنصوب أمانة في يد الغاصب إن هلك فلا ضمان عليه إلا أن يتعدى فيها أو يطلبها مالكمها فيمتنعها إياه) وقال الشافعي رحمه الله : زوائد المفعوب مضمونة متصلة كانت أو متفصلة لوجود الغصب ، وهو إثبات اليد على مال الغير بغير رضاه كما في الظبية المخرجة من الحرم إذا ولدت في يديه يكون مضمونا عليه . ولنا أن الغصب إثبات اليد على مال الغير على وجه يزيل يد المالك على ما ذكرناه ، ويد المالك ما كانت ثابتة على هذه الزيادة حتى يزيلها الغاصب ، ولو اعتبرت ثابتة على الولد لا يزيلها إذ الظاهر عدم المنع ، حتى لو منع الولد بعد طلبه يضمنه ، وكذا إذا تعدى فيه كما قال في الكتاب وذلك بأن أنفقه أو ذبحه وأكله أو باعه وسلمه ، وفي الظبية المخرجة لا يضمن ولدها إذا هلك قبل التمكن من الإرسال لعدم المنع وإنما يضمنه إذا هلك بعده لوجود المنع بعد طلب صاحب الحق وهو الشرع على هذا أكثر مشايخنا ورحمهم الله ، ولو أطلق الجواب فهو ضمان جنائية ، ولهذا تكرر بتكررها ويجب بالإعانة والإشارة فلأن يجب بما هو فوقها وهو إثبات اليد على مستحق الأمن أولى وأحرى .

قال (وما نقصت الجارية بالولادة في ضمان الغاصب فإن كان في قيمة الولد وفاء به انجبر التقصان بالولد وسقط ضمانه عن الغاصب) وقال زفر والشافعي رحمهما الله : لا ينجر التقصان بالولد لأن الولد ملكه ، فلا يصلح جارا ملكه كما في ولد الظبية ، وكما إذا هلك الولد قبل الرد ، أو ماتت الأم وبالولد وفاء وصار كما إذا جز صوف شاة غيره أو قطع قوائم شجر غيره أو خصى عبد غيره أو علمه الحرفة فأضناه التعليم . ولنا أن سبب الزيادة والتقصان واحد ، وهو الولادة أو العلوق على ما عرف وعند ذلك لا يند نقصانا ، فلا يوجب ضمانا ، وصار كما إذا غصب جارية سميت فهزلت ثم سميت أو منعت أو منعت فبينا ثم نعت أو قطعت يد المفعوب في يده وأخذ أرشها وأداه مع العبد يحجب عن تقصان القطع ووجه

الظنية ممنوع ، وكذا إذا ماتت الأم وتخرج الثانية : أن الولادة ليست بسبب لموت الأم
إذ الولادة لا تنقضي إليه غالبا ، وبخلاف ما إذا مات الولد قبل الرد ، لأنه لا بد من رد أصله
للبراءة ، فكذا لا بد من رد خلفه وانحصاء لا يعد زيادة لأنه غرض بعض النفقة ، ولا
اعتماد في السبب فيها وراء ذلك من المسائل لأن سبب نقصان القطع والجزر وسبب الزيادة
المنع وسبب نقصان التطعيم والزيادة سببها القهر .

قال (ومن غصب جارية فزقي بها فحبلت ثم ردها وماتت في نفاسها يضمن قيمتها
يوم علق ، ولا ضمان عليه في الحرية ، وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله . وقالوا : لا يضمن
في الأمة أيضا) لما أن الرد قد صحح والملاك بعده بسبب حدث في يد المالك ، وهو الولادة
فلا يضمن الغاصب كما إذا حنت في يد الغاصب ثم ردها فهلكت أوزنت في يده ، ثم ردها
فحبلت فهلكت منه وكن اشترى جارية قد حبلت عند البائع ، فولدت عند المشتري
وماتت في نفاسها لا يرجع على البائع بالتزويج بالاتفاق ، وله أنه غصبها وما انعقد فيها سبب
الطلف وردت وفيها ذلك فلم يوجد الرد على الوجه الذي أخذه . فلم يصح الرد وصار
كما إذا حنت في يد الغاصب جناية فحبلت بها في يد المالك أو دفعت بها ، بأن كانت الجنابة
خطأ يرجع على الغاصب بكل القيمة كذا هذا بخلاف الحرية لأنها لا تضمن بالغصب ليقى
ضمان الغصب بعد فساد الرد ، وفي فصل الشراء الواجب ابتداء التسليم وما ذكرناه شرط
صحة الرد والرضا سبب لجلد مؤلم لا جوارح ولا متلف فلم يوجد السبب في يد الغاصب .

قال (ولا يضمن الغاصب منافع ما غصبه إلا أن يتقص باستعماله ، فيغرم النقصان)
وقال الشافعي رحمه الله : يضمنها فيجب أجر المثل ولا فرق في الملهين بين ما إذا
عطلها أو سكنها .

وقال مالك رحمه الله : إن سكنها يجب أجر المثل وإن عطلها لا شيء عليه ، له أن
المنافع أموال متقومة حتى تضمن بالقود فكذا بالغصب . ولنا أنها حصلت على ملك
الغاصب لحديثها في إمكانه ، إذ هي لم تكن حادثة في يد المالك ، لأنها أعراض لا تبقى
فيملكها دفعا لحاجته ، والإنسان لا يضمن ملكه كيف وأنه لا يتحقق غصبها وإن قلنا
لأنه لا بقاء لها ، ولأنها لا تماثل الأعيان لسرعة فنائها وبقاء الأعيان ، وقد عرفت هذه
الاعتد في الخطف ولا نسلم أنها متقومة في ذاتها بل تقوم ضرورة عند ورود العقد ولم يوجد
العقد إلا أن ما انتقص باستعماله مضمون عليه لاستهلاكه بعض أجزاء العين .

فصل في غصب ما لا يتقوم

قال (وإذا أتلّف المسلم خر الذي أو خنزيره ضمن قيمتهما ، فإن أتلّفهما مسلم لم يضمن) وقال الشافعي : لا يضمنهما للذي أيضا ، وعلى هذا الخلاف إذا أتلّفهما ذى حلى ذى أو باعهما الذى من الذى ، له أنه سقط تقوّمهما فى حق المسلم ، فكذا فى حق الذى ، لأنهم أتباع لنا فى الأحكام فلا يجب باتلافهما مال متقوم وهو الضمان . ولنا أن التقوم باق فى حقهم إذ الخمر هم كاخلل لنا ، والخنزير لهم كالشاة لنا ، ونحن أمرنا بأن نتركهم وما يدينون والسيف موضوع ، فيعتلر الإلزام ، وإذا بقى التقوم فقد وجد إتلاف مال مملوك متقوم فيضمنه ، بخلاف الميتة والدم لأن أحدا من أهل الأديان لا يدين تموتها إلا أنه تجب قيمة الخمر وإن كان من ذوات الأمثال ، لأن المسلم ممنوع عن تمليك لكونه إعزازه ، بخلاف ما إذا جرت المياينة بين الثميين ، لأن الذى غير ممنوع عن تمليك الخمر وتملكها ، وهذا بخلاف الربا لأنه مستثنى عن عقودهم وبخلاف العبد المرتد يكون للذى لأننا ما ضمننا لهم ترك التمرض له لما فيه من الاستخفاف بالدين ، وبخلاف متروك التسمية حامدا إذا كان لمن يبيحه لأن ولاية الحاجة ثابتة .

قال (فإن غصب مسلم نحرًا فخللها أو جلد ميتة فذبحه فغاصب الخمر أن يأخذ الخلل بغير شيء ، ويأخذ جلد الميتة ويرد عليه ما زاد الدباغ فيه) والمراد بالفصل الأول إذا خللها بالنقل من الشمس إلى الظل ومنه إلى الشمس ، وبالفصل الثانى : إذا دبته بماله قيمة كالقرظ والعفص ونحو ذلك . وانفرد أن هذا التخليل تطهير له بمنزلة غسل الثوب النجس فيبقى على ملكه إذ لا تثبت المالية به وبهذا الدباغ اتصل بالجلد مال متقوم للغاصب كالاصبغ فى الثوب فكان بمنزلة ، فلهذا يأخذ الخلل بغير شيء ويأخذ الجلد ، ويعطى ما زاد الدباغ فيه ويأمنه أنه ينظر إلى قيمته ذكيا غير مدبوغ وإلى قيمته مدبوغا فيضمن فضل ما بينهما وللغاصب أن يجحسه حتى يستوفى حقه كحق الحبيب فى المبيع .

قال (وإن استهلكهما ضمن الخلل ولم يضمن الجلد عند أبى حنيفة رحمه الله ، وقالوا يضمن الجلد مدبوغا ويعطى ما زاد الدباغ فيه) ولو هلك فى يده لا يضمنه بالإجماع . أما الخلل : فلأنه لما بقى على ملك مالكه وهو مال متقوم ضمنه بالاتلاف . ويجب ماله لأن الخلل من ذوات الأمثال ، وأما الجلد فلها أنه باق على ملك المالك حتى كان له أن يأخذه ، وهو مال متقوم ، فيضمنه مدبوغا بالاستهلاك ، ويعطيه المالك ما زاد

الدباغ به كما إذا غصب ثوبا نصبت ، ثم استهلكه بضمته ، ويعطيه المالك ما زاد الصبيغ فيه ، ولأنه واجب الرد فإذا فوته عليه خفاه قيمته كما في المستعار وبهذا فارق المالك بضمته ، وهو ما يعطى ما زاد الدباغ فيه محمول على اختلاف الجنس .

أما عند المعاده فطرح عنه ذلك القطر ويؤخذ منه الباقي لعدم الفائدة في الأخذ منه ، ثم في الرد عنه ، وله أن يقوم حصل بصنع الغاصب وصنعه مستقومة لاستعماله مالا معقوما فيه ، ولهذا كان له أن يجسه حتى يستوفى ما زاد الدباغ فيه ، فكان حقه له والجلد تبع له في حق التقوم ، ثم الأصل وهو الصنعة غير مضمون عليه ، فكلمنا التابع كما إذا ملك من شره قصبته . بخلاف وجوب الرد حال قبضه ، لأنه يتبع الملك والجلد غير تابع للصنعة في حق الملك لثبوته قبضا ، وإن لم يكن معقوما بخلاف الذكي والثوب ، لأن التقوم فيهما كان تابعا قبل الدبغ والصبيغ ، فلم يكن تابعا للصنعة ولو كان قائما فأراد المالك أن يتركه على الغاصب في هذا الوجه وضمته قيمته قبيل قبضه له ذلك ، لأن الجلد لا قيمة له بخلاف صبيغ الثوب ، لأن له قيمة وقيل ليس له ذلك عند أبي حنيفة رحمه الله ، وعندهما له ذلك لأنه إذا تركه عليه وضمته عجز الغاصب عن رده ففطر كالاتسلاك ، وهو على هذا الخلاف على ما بيناه ، ثم قيل بضمته قيمة جلد مذبوغ ويعطيه ما زاد الدباغ فيه كما في الاستهلاك ، وقيل : بضمته قيمة جلد ذكي غير مذبوغ ، ولو دبغه بما لا قيمة له كالثياب والشمس فهو للمالك بلا شيء ، لأنه بمنزلة غسل الثوب . ولو استهلكه الغاصب يضمن قيمته مذبوغا ، لو قبل طاهرا غير مذبوغ ، لأن وصفه بغيره هو الذي حصله ، فلا بضمته .

وجه الأول وعليه الأكثر : أن صفة الدباغة تابعة للجلد ، فلا تفرد عنه وإذا صار الأصل مضمونا عليه فكلمنا صفته ، ولو غفل الخمر بالقاء الملح فيه قالوا عند أبي حنيفة رحمه الله : صار ملكا للغاصب ولا شيء له عليه ، وعندهما أخذه المالك ، وأعطى ما زاد الملح فيه بمنزلة دبغ الجلد ، وعندهما ههنا : أن يعطى مثل وزن الملح من الخمر ، وإذا أراد المالك تركه عليه وتضمينه فهو على ما قيل وقيل في دبغ الجلد ، ولو استهلكها لا يضمنها عند أبي حنيفة رحمه الله خلافا لما ، كما في دبغ الجلد .

ولو غلبها بالله الخمر فيها ، فس محمد رحمه الله : أنه إن صار خلا من ساجه يصير ملكا للغاصب ، ولا شيء عليه لأنه استهلاك له وهو غير متقوم وإن لم يحرق خلا إلا بعد

زمان ، بأن كان الملقى فيه خلا قليلا ، فهو بينهما على قدر كيلهما ، لأن خلط الخلل بالخلل في التقدير وهو على أصله ليس باستهلاك ، وعند أبي حنيفة رحمه الله : هو للغاصب في التجهين ، ولا شيء عليه لأن نفس الخلط استهلاك عنده ، ولا ضمان في الاستهلاك لأنه أثلف ملك نفسه ، وعن محمد رحمه الله : لا يضمن بالاستهلاك في الوجه الأول لما بينا ويضمن في الوجه الثاني ، لأنه أثلف ملك غيره . وبعض المشايخ أجروا جواب الكتاب على إطلاقه أن للمالك أن يأخذ الخل في الوجوه كلها بغير شيء لأن الملقى فيه يلهو مستهلكا في الخمر ، فلم يبق متقوماً ، وقد كثرت فيه أقوال المشايخ ، وقد أثبتناها في كفاية المتبهي .

قال (ومن كسر لمسلم بربطا أو طيلا أو مزمارا أو دفا أو أراق له سكر أو منصفاً ، فهو ضامن ويبيع هذه الأشياء جازراً) وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله ، وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله : لا يضمن ، ولا يجوز بيعها وقيل الاختلاف في الدف والطبل الذي يضرب للهو ، فأما طبل الغزاة والدف الذي يباح ضربه في العرس يضمن بالاتلاف من غير خلاف ، وقيل القنوي في الضمان على قولهما والسكر اسم للشيء من ماء الرطب إذا لقيت والمنصف ما ذهب نصفه بالطبخ ، وفي المطبوخ أدنى طبخة وهو الباذق عن أبي حنيفة رحمه الله روايتان في التضمن والبيع ، لها أن هذه الأشياء أحدثت الحمضية ، فبطلت تقومها بالخمر ولأنه فعل ما فعل أمرا بالمعروف ، وهو بأمر الشرع ، فلا يضمنه كما إذا فعل بإذن الإمام ، ولأبي حنيفة رحمه الله : أنها أموال لصلاحتها لا يعمل ممن وجوه الانتفاع ، وإن صلحت لا يعمل ، فصار كالأمة المغنية وهذا لأن الضماد بفعل فاعل مختار ، فلا يوجب سقوط تقوم وجواز البيع والتضمن مرتبان على المالية والقوم والأمر بالمعروف باليد إلى الأمراء لقدرتهم وباللسان إلى غيرهم وتجب قيمتها غير صالحة للهو كما في الجارية المغنية والكبش التطوح والحمامة الطيارة والديك المقاتل والعبد النحوى تجب القيمة غير صالحة لهذه الأمور كلها وفي السكر والمنصف تجب قيمتهما ، ولا يجب القتل لأن المسلم ممنوع من تملك حبه وإن كان لو فعل جاز ، وهذا بخلاف ما إذا أظف على نصراني صليبا حيث يضمن قيمته صليبا لأنه مقر على ذلك .

قال (ومن غصب أم ولد أو مدبرة فانت في يده ضمن قيمة المدبرة ولا يضمن قيمة أم الولد) عند أبي حنيفة رحمه الله وقالوا : يضمن قيمتهما لأن ماله المدبرة مضومة بالأحقاق

وعالية أم الولد غير متقومة. حته ، وعندما متقومة والدلائل ذكرناها في كتاب العتاق من هذا الكتاب وانه أعلم بالصواب .

كتاب الشفعة

الشفعة : مشتقة من الشفع ، وهو الضم سميت بها لما فيها من ضم المشتراة إلى حقل الشفع .

قال (الشفعة واجبة للخليط في نفس المبيع ، ثم للخليط في حق المبيع ، كالشرب والطريق ثم للجار) أفاد هذا اللفظ ثبوت حق الشفعة لكل واحد من هؤلاء وأفاد الترتيب : أما الثبوت فلقوله عليه الصلاة والسلام « الشفعة لشريك لم يقام » ولقوله عليه الصلاة والسلام « جار للدار أحق بالدار والأرض ينتظر له وإن كان غائبا إذا كان طريقها واحدا » ولقوله عليه الصلاة والسلام « الجار أحق بسقبة قبل يا رسول الله ما سقه ؟ قال شفعته » ويروي « الجار أحق بشفعته » وقال الشافعي رحمه الله : لا شفعة بالجوار لقوله عليه الصلاة والسلام « الشفعة فيما لم يقسم فإذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة » ولأن حق الشفعة معلول به من سنن القياس ، لما فيه من تملك المال على الغير من غير رضاه وقد ورد الشرع به فيما لم يقسم وهذا ليس في معناه لأن مؤنة القسمة تلزمه في الأصل دون الفرع : ولنا ما رويناه ولأن ملكه متصل بملك الدخيل اتصال تأييد وقرار فيثبت له حق الشفعة عند وجود المعاوضة بالمال اعتبارا بمورد الشرع ، وهذا لأن الاتصال على هذه الصفة ، إنما انتصب سببا فيه لدفع ضرر الجوار ، إذ هو مادة المضار على ما عرف ، وقطع هذه المادة بتملك الأصل أولى ، لأن الضرر في حقه بازعاجه عن خطة آياته أقوى ، وضرر القسمة مشروع لا يصلح حلة لتحقيق ضرر غيره :

وأما الترتيب فلقوله عليه الصلاة والسلام « الشريك أحق » من الخليط والخليط أحق من الشفع ، فالشريك في نفس المبيع ، والخليط في حقوق المبيع ، والشفع هو الجار ، ولأن الاتصال بالشركة في المبيع أقوى لأنه في كل جزء وبعده الاتصال بالحقوق ، لأنه شركة في مرائق الملك ، والترجيح يتحقق بقوة السبب ، ولأن ضرر القسمة إن لم يصلح حلة صلح مرجحا .

قال (وليس للشريك في الطريق والشرب والجار شفعة مع الخلط في الرقة) لما ذكرنا أنه مقدم .

قال (فإن سلم فالشفعة للشريك في الطريق فإن سلم أدخلها الجار) لما بينا من الترتيب ، والمرام بهذا الجار الملاصق وهو الذي على ظهر الدار المشفوعة وبابه في سكة أخرى ، ومن أبي يوسف : أن مع وجود الشريك في الرقة لاشفعة لغيره سلم أو استوفى لأنهم محجوبون به ، ووجه الظاهر : أن السبب قد تقرر في حق الكل ، إلا أن للشريك حق التقدم فإذا سلم كان لمن يليه بمنزلة دين الصحة مع دين المرض ، والشريك في المبيع قد يكون في بعض منها كما في منزل معين من الدار أو جدار معين منها ، وهو مقدم على الجار في المنزل وكذا على الجار في بقية الدار في أصبح الروايتين من أبي يوسف رحمه الله ، لأن اتصاله أقوى والبقعة واحدة ، ثم لا بد أن يكون الطريق أو الشرب خاصا حتى تستحق الشفعة بالشركة فيه . فالطريق الخاص ، أن لا يكون نافذا والشرب الخاص أن يكون نهرا لا يجري فيه الماء ، وما تجرى فيه فهو عام ، وهذا عند أبي حنيفة ومحمد وجمهما الله ، ومن أبي يوسف رحمه الله : أن الخاص أن يكون نهرا يسقى منه قراخان أو ثلاثة ، وما زاد على ذلك فهو عام ، فإن كانت سكة غير نافذة ينشعب منها سكة غير نافذة وهي مستطيلة فيبعت دار في السفلى فلاهلها الشفعة خاصة دون أهل العليا ، وإن بيعت للعليا فلاهل السفلى ، والمضى ما ذكرنا في كتاب أدب القاضي ، ولو كان نهر صغير يأخذ منه نهر أصغر منه فهو على قياس الطريق فيما بيناه .

قال (ولا يكون الرجل بالجنوع على الحائض شفع شركه ولكنه شفع جوار) لأن الملة هي الشركة في العقار وبوضع الجنوع لا يصير شريكا في الدار إلا أنه جار ملازق .

قال (والشريك في الخشبة تكون على حائط الدار جار) لما بينا .

قال (وإذا اجتمع الشفعاء فالشفعة بينهم على عدد رؤوسهم ولا يعتبر اختلاف الأملاك) وقال الشافعي رحمه الله : هي على مقادير الأنصباء لأن الشفعة مع مرافق الملك ، ألا يرى أنها لتكامل منفعة فأشبه الربع والغلة والولد والثرثرة . ولنا أنهم استوفوا في سبب الاستحقاق وهو الاتصال يستوفون في الاستحقاق . ألا يرى أنه لو انفرد واحد منهم استحق كل الشفعة ، وهذا آية كمال السبب وكثرة الاتصال تؤذن بكثرة الغلة ، والترجيح يقع بقوة في الدليل لا بكثرته ، ولا قوة ههنا لظهور الأخرى بمقابلته ، وتملك ملك غيره لا يحصل ثمرة من ثمرات ملكه ، بخلاف الثمرة وأشباهها ولو أسقط بعضهم حقه ، فهي للباقي في الكل على

عديم ، لأن الانتقاص للمزاخة مع كمال السبب في حق كل واحد منهم وقد انقطعت ، ولو كان البعض غيبا يقضى بها بين الحضور على عديم ، لأن الغائب لعله لا يطلب ، وإن غنى الحاضر بالجميع ، ثم حضر آخر يقضى له بالنصف ولو حضر ثالث فبطل ما في يد كل واحد تحقيقا للقضية ، فلو سلم الحاضر بعد ما قضى له بالجميع لا يأخذ القادم إلا النصف لأن قبضه القاضى بالكل للحاضر يقطع حق الغائب عن النصف بخلاف ما قبل القضاء .

قال (ولاشفعة تجب بعقد البيع) ومما بعده لأنه هو السبب ، لأن سببا الانصال على ما يقضى ، والوجه فيه : أن الشفعة إنما تجب إذا رغب البائع عن ملك الدار والبيع يعرفها ، وغلبا يكتفى بثبوت البيع في حقه ، حتى يأخذها الشفيع إذا أقر البائع بالبيع وإن كان المشتري يكتله .

قال (وتستقر بالأشهاد ولا بد من طلب الموائبة) لأنه حق ضعيف يطل بالأعراض ، فلا بد من الأشهاد والطلب ليتم بذلك رغبته فيه دون إرضاه عنه ، ولأنه يحتاج إلى إثبات طلبه عند القاضي ولا يمكنه إلا بالأشهاد .

قال (وتملك بالأخذ إذا سلمها المشتري أو حكم بها الحاكم) لأن الملك للمشتري قد تم ، فلا ينتقل إلى الشفيع إلا بالرضى أو قضاء القاضي كما في الرجوع في الهبة ، وتظهر طائفة هذا فيما إذا مات الشفيع بعد الطلين ، أو باع داره المستحق بها الشفعة أو يمت دار يجب للدار المشفوعة قبل حكم الحاكم ، أو تسليم الخصام لا تورث عنه في الصورة الأولى ، وقبطل شفعة في الثانية ، ولا يستحقها في الثالثة لانعدام الملك له ، ثم قوله تجب بعقد البيع بيان أنه لا يجب إلا عند معاوضة المال بالمال على ما بينه إن شاء الله تعالى والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب .

باب طلب الشفعة والخصومة فيها

قال (وإذا علم الشفيع بالبيع أشهد في مجلسه ذلك على المطالبة) .
اعلم أن الطلب على ثلاثة أوجه : طلب الموائبة ، وهو أن يطلبها كما علم حتى لو بلغ الشفيع البيع ، ولم يطلب شفعة بطلت الشفعة لما ذكرنا وتقر له عليه الصلاة والسلام والشفعة لمن واليه ولو أنكر بكتاب والشفعة في قوله أو في وسطه فقرأ الكتاب إلى آخره بطلت شفעתه ، وعلى هذا عامة المشايخ رحمهم الله ، وهو رواية عن محمد ، وعنه أن له مجلس العلم والروايات

في النواذر ، وبالتالي أعذ الكرخي لأنه لما ثبت له خيار التملك لا بد له من رجل
يحمل كما في الخيرة ، ولو قال بعد ما بلغه : البيع الحمد لله أو لا حول ولا قوة إلا
بفضله أو قال : سبحان الله لا تبطل شفعتي ، لأن الأول حسد على الغلاص من
جواره . والثاني : تعجب من قصد إضراره . والثالث : لافتتاح كلامه فلا بد
شيء من على الإعراض ، وكلنا إذا قال : من ابتاعها وبكم يمت لأنه يرغب
فيها بشئ دون ثمن ويذهب عن مجاورة بعض دون بعض ، والمراد بقوله في الكتاب :
أشهد في مجلسه ذلك على المطالبة : طلب الموائمة ، والأشهاد فيه ليس بلام إنما
هو لنفي التجاحد والتقييد بالمجلس إشارة إلى ما اختاره الكرخي رحمه الله ، وبصح الطلب
بكل لفظ يفهم منه طلب الشفعة ، كما لو قال طلبت الشفعة أو أطلبها أو أنا طالها لأن
الاعتبار للمعنى ، وإذا بلغ الشفع بيع النار لم يجب عليه الأشهاد ، حتى يغيره رجلان
أو رجل وامرأتان أو واحد عند أبي حنيفة رحمه الله ، وقالا : يجب عليه أن يشهد
إذا أخبره واحد حراً كان أو عبداً عبيداً كان أو امرأة إذا كان أخبرهما ، وأصل الاختلاف
في عزل الوكيل ، وقد ذكرته بدلائله وأحواله فيما تقدم ، وهذا بخلاف الخيرة إذا أخبرت
عنده ، لأنه ليس فيه إلزام حكم ، وبخلاف ما إذا أخبره المشتري ، لأنه خصم فيه ، والمقالة
غير معتبرة في الخصوم ، والثاني طلب التقرير والأشهاد لأنه محتاج إليه لإثباته عند الناس
على ما ذكرنا ، ولا يمكنه الأشهاد ظاهراً على طلب الموائمة ، لأنه على قور العلم بالشراء ،
فيحتاج بعد ذلك إلى طلب الأشهاد والتقرير ، وبيان ما قال في الكتاب (ثم ينقض من)
يعني من المجلس (ويشهد على البائع إن كان المبيع في يده) معناه لم يعلم إلى المشتري (أو حل
البائع أو عند المقار ، فإذا فعل ذلك استقرت شفعتي) وهذا لأن كل واحد منهما خصم
فيه ، لأن للأول اليد وللثاني الملك ، وكله يصح الإشهاد عند المبيع لأن الحق متصل به ،
لأن سلم البائع المبيع لم يصح الإشهاد عليه لخروجه من أن يكون خصماً إذ لا بد له ولا ملك
فصار كالأجنبي ،

وصورة هذا الطلب : أن يقول : إن فلانا اشترى هذه النار ، وأنا شفيعها وقد
كنت طلبت الشفعة وأطلبها الآن فأشهدوا على ذلك ، وعن أبي يوسف : أنه يشترط تسمية
المبيع وتعيينه ، لأن المطالبة لا تصح إلا في معلوم ، والثالث طلب الخصومة والتملك ،
وهذا كمر كفيته من بعد إن شاء الله تعالى ،

قال (ولا تسقط الشفعة بتأخير هذا الطلب عند أبي حنيفة رحمه الله ، وهو رواية عن أبي يوسف ، وقال محمد رحمه الله : إن تركها شهرا بعد الأشهاد بطلت) وهو قول زفر رحمه الله معناه : إذا تركها من غير حذر ، وحسن أبي يوسف : أنه إذا ترك الخاصة في مجلس من مجالس القاضى تبطل شفعته ، لأنه إذا مضى مجلس من مجالسه ، ولم يخاصم فيه اختيار ذلك على إعراضه وتسليمه ، وجه قول محمد : أنه لو لم يسقط بتأخير الخصومة منه أبدا يتضرر به المشتري ، لأنه لا يمكنه التصرف بخلافه من جهة الشفع ، فقد رناه بشهر لأنه أجل وما دونه عاجل على ما مر في الأيمان ، ووجه قول أبي حنيفة ، وهو ظاهر المذهب ، وعليه الفتوى أن الحق متى ثبت واستقر لا يسقط إلا باسقاطه ، وهو التصريح بلسانه كما في سائر الحقوق ، وما ذكر من الضرر يشكل به إذا كان غائبا ، ولا فرق في حق المشتري بين الحضر والسفر ، ولو علم أنه لم يكن في البلد قاض لا تبطل شفعته بالتأخير بالاتفاق ، لأنه لا يتمكن من الخصومة إلا عند القاضى فكان علرا .

قال (وإذا تقدم الشفع إلى القاضى ، فادعى الشراء وطلب الشفعة سأل القاضى المدعى عليه فإن اعترف ملكه الذى يشفع به وإلا كلفه باقامة البينة) لأن اليد ظاهر محتمل ، فلا تنكح لإثبات الاستحقاق .

قال رضى الله عنه : يسأل القاضى المدعى قبل أن يقبل على المدعى عليه عن موضع الدار وحدودها ، لأنه ادعى حقا فيها فصار كما إذا ادعى رقبته ، وإذا بين ذلك يسأله عن سبب شفعته لاختلاف أسبابها . فإن قال : أنا شفعيها بدار لى تلاصقها الآن ثم دعواه على ما قاله الخصاص رحمه الله ، وذكر في الفتاوى تحديد هذه الدار التى يشفع بها أيضا وقد بيناه في الكتاب الموسوم بالتجنيس والمزيد .

قال (فإن هجر عن البينة استحلقت المشتري بالله ما يعلم أنه مالك للذى ذكره مما يشفع به) معناه بطلب الشفع لأنه ادعى عليه معنى لو أقر به لزمه ثم هو استحلقت على ما في يده فيحلف على العلم (فإن نكل أو قامت للشفع بينة ثبت ملكه في الدار التى يشفع بها وثبت الجوار فبعد ذلك سأل القاضى) يعنى المدعى عليه (هل ابتاع أم لا فإن أنكر الابتاع قبل للشفع أقم البينة) لأن الشفعة لا تجب إلا بعد ثبوت البيع ، وثبوته بالحجة . قال (فان هجر عنها استحلقت المشتري بالله ما ابتاع أو بالله ما استحق عليه في هذه الدار شفعة من الوجه الذى ذكره) فهذا على الحاصل والأول على السبب ، وقد استوفينا

الكلام فيه في الدعوى وذكرنا الاختلاف بتوفيق الله ، وإنما يخلفه على البتات لأنه استخلاف على فعل نفسه وعلى ما في يده أصالة وفي مثله يخلف على البتات .

قال (ويجوز المنازعة في الشفعة وإن لم يحضر الشفيع الثمن إلى مجلس القاضى . فإذا قضى القاضى بالشفعة لزمه إحضار الثمن) وهذا ظاهر رواية الأصل ، وعن محمد : أنه لا يقضى حتى يحضر الشفيع الثمن ، وهو رواية الحسن عن أبي حنيفة رحمه الله ، لأن الشفيع حواه يكون مفلسا فيتوقف القضاء على إحضاره ، حتى لا يتوى مال المشتري ، وجه الظاهر : أنه لا ثمن له عليه قبل القضاء ، ولهذا لا يشترط تسليمه فكذا لا يشترط إحضاره (وإذا قضى له بالدار فلمشتري أن يحبس حتى يستوفى الثمن) وينفذ القضاء عند محمد أيضا ، لأنه فصل مجتهد فيه ووجب عليه الثمن فيحبس فيه ، فلو أخر أداء الثمن بعد ما قال له ادفع الثمن إليه لا تبطل شفعت لأنها تأكلت بالخصوصة عند القاضى :

قال (وإن أحضر الشفيع البائع والمبيع في يد فله أن يخاصمه في الشفعة ، لأن اليد له وهى يد مستحقة) ولا يسمع القاضى البيعة حتى يحضر المشتري فيفسخ البيع بمشهد منه ويقضى بالشفعة على البائع ، ويجعل المهدة عليه ، لأن الملك للمشتري واليد للبائع والقاضى يقضى بهما للشفيع ، فلا بد من حضورهما بخلاف ما إذا كانت الدار قد قبضت ، حيث لا يعتبر حضور البائع ، لأنه صار أجنبيا إذ لا يبقى له يد ولا ملك ، وقوله فيفسخ البيع بمشهد منه : إشارة إلى علة أخرى ، وهى أن البيع في حق المشتري إذا كان يفسخ لا بد من حضوره ليقضى بالفسخ عليه ، ثم وجه هذا الفسخ المذكور أن يفسخ في حق الإضافة لامتناع قبض المشتري بالأخذ بالشفعة ، وهو يوجب الفسخ إلا أنه يبقى أصل البيع لتعذر انفساخه ، لأن الشفعة بناء عليه ، ولكنه تتحول الصفقة إليه ، ويصير كأنه هو المشتري منه فلهاذا يرجع بالمهدة على البائع ، بخلاف ما إذا قبضه المشتري فأعذه من يده حيث تكون المهدة عليه ، لأنه ثم ملكه بالقبض ، وفي الوجه الأول امتنع قبض المشتري وأنه يوجب الفسخ ، وقد طولنا الكلام فيه في كفاية المنتهى بتوفيق الله تعالى :

قال (ومن اشترى دارا لغيره فهو الخلع للشفيع) لأنه هو العاقد والأخذ بالشفعة من حقوق العقد فيتوجه عليه .

قال (إلا أن يسلمها إلى الموكل) لأنه لم يبق له يد ولا ملك ، فيكون الخلع هو للموكل ، وهذا لأن الوكيل كالبائع من الموكل على ما عرف فتسليمه إليه كتسليم البائع إلى

المشتري فخصم الخصومة معه إلا أنه مع ذلك قائم مقام الموكل، فيكتفى بحضوره في الخصومة قبل التسليم، وكلما إذا كان البائع وكيل الغائب، فللشفيع أن يأخذها منه إذا كانت في يده لأنه حاكم وكلما إذا كان البائع وصيا لميت فيها يجوز بيعه لما ذكرنا.

قال (وإذا قضى القاضي للشفيع بالدار ولم يكن رآها فله خيار الرؤية وإن وجد بها حيا ؛ فله أن يردّها وإن كان المشتري شرط البراءة منه) لأن الأخذ بالشفعة بمنزلة الشراء ؛ ألا يرى أنه مبادلة المال بالمال فثبت فيه الخياران كما في الشراء ولا يسقط بشرط البراءة من المشتري ولا برؤيته لأنه ليس بنائب عنه فلا يملك إسقاطه ؛ والله سبحانه وتعالى أعلم .

فصل في الاختلاف

قال (وإن اختلف الشفيع والمشتري في الثمن فالقول قول المشتري) لأن الشفيع يدعى استحقاق الدار عليه عند نقد الأقل ، وهو ينكر والقول قول المنكر مع يمينه ، ولا يتحققان ، لأن الشفيع إن كان يدعى عليه استحقاق الدار ، فالمشتري لا يدعى عليه شيئا لتغيره بين الترك والأخذ ولانص ههنا فلا يتحققان .

قال (ولو أقام الينة فالينة للشفيع) عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله ، وقال أبو يوسف رحمه الله ؛ الينة بينة المشتري ، لأنها أكثر إثباتا ، فصاركينة البائع والوكيل والمشتري من العدو . ولهما أنه لا تنافي بينهما ، فيجعل كأن الموجود بيعان ، وللشفيع أن يأخذ بأيهما شاء ، وهذا بخلاف البائع مع المشتري ، لأنه لا يتوالى بينهما عقدان إلا بانفساخ الأول ، وههنا التمسح لا يظهر في حق الشفيع وهو التخريج لينة الوكيل ، لأنه كالبايع والموكل كالمشتري منه كيف وأنها ممنوعة على ما روى عن محمد رحمه الله .

وأما المشتري من العدو فقلنا ذكر في السير الكبير : أن الينة بينة المالك القديم ، قلنا أن نصح وبعد التسليم نقول لا يصح الثاني هناك إلا بفسخ الأول ، أما ههنا فبخلافه . ولأن بينة الشفيع ملزمة وبينة المشتري غير ملزمة والينات للالتزام .

قال (وإذا ادعى المشتري ثمنًا وادعى البائع أقل منه ولم يقبض الثمن أخذها الشفيع بما قاله البائع وكان ذلك حضا عن المشتري) وهذا لأن الأمر إن كان على ما قال البائع فقد وجهت الشفعة به وإن كان على ما قال المشتري فقد حط البائع بعض الثمن ، وهذا الخط

يظهر في حق الشفع على ما نبيّن إن شاء الله تعالى ، ولأن التملك على البيع بالإيجاب ممكنة القول قوله في مقدار الثمن ما بقيت مطالبته فيأخذ الشفع بقوله :

قال (ولو ادعى البائع الأكثر يتحالفان ويتزادان وأيهما شئكل ظهر أن الثمن ما يقوله الآخر ، فيأخذها الشفع بذلك وإن حلفا يفسخ التفاضل البيع على ما عرف وأعطاه الشفع بقول البائع) لأن فسخ البيع لا يوجب بطلان حق الشفع .

قال (وإن كان قبض الثمن أخذا بما قال المشتري إن شاء ولم يلتصق إلى قول البائع) لأنه لما استوفى الثمن انتهى حكم العقد ، وخرج هو من البيع وعمل هو كالأجنبي وفي الاختلاف بين المشتري والشفع وقد بيناه ، ولو كان نقد الثمن غير ظاهر فقال البائع : بعت الثمن بألف وقبضت الثمن بأخذها الشفع بألف لأنه لما بدأ بالإقرار بالبيع تعلقت الشفعة به فيقوله بعد ذلك قبضت الثمن يريد إسقاط حق الشفع فيرد عليه ، ولو قال : قبضت الثمن وهو ألف لم يلتصق إلى قوله لأن الأول وهو الإقرار بقبض الثمن خرج من بين ، وسقط اعتبار قوله في مقدار الثمن .

فصل : فيما يؤخذ به المشفوع

قال (وإذا حط البائع عن المشتري بعض الثمن فحط ذلك عن الشفع ، وإن حط جميع الثمن لم يسقط عن الشفع) لأن حط البعض يلتحق بأصل العقد ، فيظهر في حق الشفع ، لأن الثمن ما بقي وكذا إذا حط بعد ما أخذها الشفع بالثمن يحط عن الشفع ، حتى يرجع عليه بذلك العقد بخلاف حط الكل لأنه لا يلتحق بأصل العقد بحال وقد بيناه في البيع (وإن زاد المشتري للبائع لم تلزم الزيادة في حق الشفع) لأن في اعتبار الزيادة ضررا بالشفع ، لاستحقاقه الأخذ بما دونها بخلاف الحط لأن فيه منفعة له ونظير الزيادة إذا جدد العقد بأكثر من الثمن الأول ، لم يلام الشفع حتى كان له أن يأخذها بالثمن الأول لما بينا كذا هذا .

قال (ومن اشترى دارا بمرض أخذها الشفع بقيمتها) لأنه من ذوات القيم (وإن اشتراها بمكيل أو موزون أخذها بمثلها) لأنهما من ذوات الأمثال ، وهذا لأن الشرع أثبت للشفع ولاية التملك على المشتري بمثل ما تملكه فباعه بالقدر الممكن كما في الانلاف المندى المتقرب من ذوات الأمثال (وإن باع عقارا بقدر أخذ الشفع كل واحد منهما بقيمة الآخر) لأنه بطله وهو من ذوات القيم فيأخذها بقيمتها .

قال (وإذا باع بضمن مؤجل فالتفريع الخيل إن شاء أخذها بضمن حال وإن شاء صبر حتى يقضى الأجل ثم يأخذها وليس له أن يأخذها في الحال بضمن مؤجل) وقال زفر رحمه الله : له ذلك ، وهو قول الشافعي في القديم ، لأن كونه مؤجلا وصف في الثمن كالزيادة والأخذ بالشفعة به فيأخذ بأصله ووصفه كما في الزبوف ، ولنا أن الأجل إنما يثبت بالشرط ، ولا شرط فيما بين الشفع والبايع أو المتاع وليس الرضا به في حق المشتري رضاه في حق الشفع لتفاوت الناس في الملاعة ، وليس الأجل وصف الثمن ، لأنه حق المشتري : ولو كان وصفا له لبيعه فيكون حقا للبايع كالثمن وصار كما إذا اشترى شيئا بضمن مؤجل ، ثم ولاء غيره لا يثبت الأجل إلا بالذكر كذا هذا ، ثم إن أخذها بضمن حال من البايع سقط الثمن عن المشتري لما بينا من قبل ، وإن أخذها من المشتري رجع البايع على المشتري بضمن مؤجل كما كان لأن الشرط الذي جرى بينهما ، لم يبطل بأخذ الشفع خفي موجب فصار كما إذا باعه بضم حال . وقد اشتراه مؤجلا وإن اختار الانتظار له ذلك لأن له أن لا يلتزم زيادة الضرر من حيث التقدية ، وقوله في الكتاب : وإن شاء صبر حتى يقضى الأجل مراده الصبر عن الأخذ ، أما الطلب عليه في الحال حتى لو سكت عنه بطلت شفعة عند أبي حنيفة وعندهما الله ، خلافا لقول أبي يوسف الآخر ، لأن حق الشفعة إنما يثبت بالبيع ، والأخذ يترأى عن الطلب وهو متضمن من الأخذ في الحال بأن يؤدي الثمن حالا فيشترط الطلب عند العلم بالبيع .

قال (وإذا اشترى ذي جبر أو خنزير دارا وشفيعها ذمي أخذها بمثل الخمر بقيمة الخنزير) لأن هذا البيع مقضى بالصحة فيما بينهم وحق الشفعة يعم المسلم والذمي ، والخمر لم تكن كلل لنا والخنزير كالشاة فيأخذ في الأول والمثل والثاني بالقيمة .

قال (وإن كان شفيعها مسلما أخذها بقيمة الخمر والخنزير) أما الخنزير فظاهر ، وكذا الخمر لامتناع التسليم والتسلم في حق المسلم فالحق بغير المثل وإن كان شفيعها مسلما وذمي أخذ للمسلم نصفها بنصف قيمة الخمر والذي نصفها بنصف مثل الخمر اعتبارا للبعض بالكل ، فلو أسلم الذي أخذها بنصف قيمة الخمر لمجزه عن تملك الخمر وبالإسلام يتأكد حقه لا أن يبطل فصار كما إذا اشتراها بكر من رطب فحضر الشفع بعد انقطاعه يأخذها بقيمة الرطب كلها هذا .

فصل

قال (وإذا بنى المشتري فيها أو غرس ثم قضى للشفيع بالشفعة فهو بالخيار إن شاء أخذها بالثمن وقيمة البناء والغرس وإن شاء كلف المشتري قلعه) وعن أبي يوسف رحمه الله أنه لا يكلف القلع ونحوه بين أن يأخذ بالثمن وقيمة البناء والغرس وبين أن يترك ، وبه قال الشافعي رحمه الله إلا أن عنده له أن يقلع ويعطى قيمة البناء . لأبي يوسف رحمه الله : أنه حق في البناء ، لأنه بناء على أن الدار ملكه ، والتكليف بالقلع من أحكام العلوان وصار كالموهوب له والمشتري شراء فاسداً ، وكذا إذا زرع المشتري فإنه لا يكلف القلع ، وهذا لأن في إيجاب الأخذ بالقيمة دفع أعلى الضررين يتحمل الأدنى فيصالح إليه .

ووجه ظاهر الرواية أنه بنى في محل تعلق به حق متأكد للغير من غير تسلط من جهة من له الحق فيقتض كالراهن إذا بنى في المرهون ، وهذا لأن حقه أقوى من حق المشتري لأنه يتقدم عليه ، ولهذا يقتض بيعه وهبته وغيره من تصرفاته بخلاف الهبة والشراء الفاسد عند أبي حنيفة رحمه الله ، لأنه حصل بتسلط من جهة من له الحق ، ولأن حق الاسترداد فيها ضعيف ولهذا لا يبقى بعد البناء ، وهذا الحق يبقى فلا معنى لإيجاب القيمة كما في الاستحقاق والزرع يقلع قياساً ، وإنما لا يقلع استحساناً لأن له نهاية معلومة ويبقى بالأجر وليس فيه كثير ضرر وإن أخذه بالقيمة يعتبر قيمته مقلوعاً كما بيناه في الغصب .

(ولو أخذها الشفيع بنى فيها أو غرس ثم استنقحت رجع بالثمن) لأنه تبين أنه أخذه بغير حق ولا يرجع بقيمة البناء والغرس لأعلى البائع إن أخذها منه ولا على المشتري إن أخذها منه . وعن أبي يوسف رحمه الله أنه يرجع لأنه متملك عليه فزلاً منزلة البائع والمشتري . والفرق على ما هو المشهور أن المشتري مغرور من جهة البائع ومسلط عليه من جهته ولا غرور ولا تسلط في حق الشفيع من المشتري لأنه مجبور عليه .

قال (وإذا انتهكت الدار أو احترق بناؤها أو جف شجر البستان بغير فعل أحد فالشفيع بالخيار إن شاء أخذها بجميع الثمن) لأن البناء والغرس تابع حتى دخلا في البيع من غير ذكر ، فلا يقابلهما شيء من الثمن عالم بصير مقصوداً ، ولهذا جاز بيعها مراعاة بكل الثمن في هذه الصورة بخلاف ما إذا غرق نصف الأرض حيث يأخذ الباقي بحصته لأن الفاتى بعض الأصل . قال (وإن شاء ترك) لأن له أن يمتنع عن تملك الدار بماله .

قال (وإن نقض المشتري البناء قبل للشفيع إن شئت فخذ العرصة بمحصنها وإن شئت

فدفع) لأنه صار مقصودا بالإتلاف فيقابلة شيء من الثمن بخلاف الأول لأن الملاك بأفقه
مماوية (وليس الشفيع أن يأخذ النقص) لأنه صار مفصولا فلم يبق تبعا .

قال (ومن ابتاع أرضا وعلى نخلها تمر أخذها الشفيع بشرها) ومعناه إذا ذكر التمر
في البيع لأنه لا يدخل من غير ذكر ، وهذا الذي ذكره استحسان . وفي القياس لا يأخذه
لأنه ليس بتبع ، ألا ترى أنه لا يدخل في البيع من غير ذكر ، فأشبه المتاع في الدار . وجه
الاستحسان أنه باعتبار الاتصال صار تبعا للعقار كالبناء في الدار وما كان مركبا فيه فيأخذه
الشفيع .

قال (وكذلك إن ابتاعها وليس في النخل ثمرة فأثمر في يد المشتري) يعني يأخذه
الشفيع لأنه مبيع تبعا لأن البيع سرى إليه على ما عرف في ولد المبيع :

قال (فإن جده المشتري ثم جاء الشفيع لا يأخذ الثمر في التفصيلين جميعا) لأنه لم يبق تبعا
للعقار وقت الأخذ حيث صار مفصولا عنه فلا يأخذه .

قال في الكتاب (وإن جده المشتري سقط عن الشفيع حصته) قال رضى الله عنه
(وهذا جواب الفصل الأول) لأنه دخل في البيع مقصودا فيقابلة شيء من الثمن (أما في
الفصل الثاني يأخذ ماسوى الثمر بجميع الثمن) لأن الثمر لم يكن موجودا عند العقد فلا يكون
شيئا إلا تبعا فلا يقابلة شيء من الثمن ، والله أعلم :

باب ما يجب فيه الشفعة وما لا يجب

قال (الشفعة واجبة في العقار ، وإن كان مما لا يقسم) وقال الشافعى رحمه الله : لا شفعة
فيما لا يقسم لأن الشفعة إنما وجبت دفعا لمؤنة القسمة ، وهذا لا يتحقق فيما لا يقسم . ولنا قوله
عليه الصلاة والسلام « الشفعة في كل شيء عقار أو ريع » إلى غير ذلك من الصومعات ،
ولأن الشفعة سببها الاتصال في الملك والحكمة دفع ضرر سوء الجوار على مامر ، وأنه
يختظم القسدين ما يقسم وما لا يقسم وهو الحمام والرحا والبئر والطريق :

قال (ولا شفعة في العروض والسفن) لقوله عليه الصلاة والسلام « لا شفعة إلا في ريع
أو حائط » وهو حجة على مالك رحمه الله في إيجابها في السفن ، ولأن الشفعة إنما وجبت
لرفع ضرر سوء الجوار على الدوام ، والملك في المنقول لا يدوم حسب دوامه في العقار فلا
يقتضى له . وفي بعض نسخ المختصر : ولا شفعة في البناء والنخل إذا بيعت دون المروعة ،

وهو صحيح مذكور في الأصل ، لأنه لاقرار له فكان تقليا وهذا بخلاف الطلق حيث يستحق بالشفعة ، ويستحق به الشفعة في السفل إذا لم يكن طريق الطلق فيه لأنه بماله من حق القرار .
التحق بالمقار .

قال (والمسلم والذي في الشفعة سواء) للعمومات ولأنهما يستويان في السبب والحكمة فيستويان في الاستحقاق ولهذا يستوي فيه الذكر والأنثى والصغير والكبير والبالغ والعاقل والمحر والعبد إذا كان مأذونا أو مكاتباً ،

قال (وإذا ملك المقار بعوض هو مال وجبت فيه الشفعة) لأنه أمكن مراعاة شرط الشرع فيه ، وهو التملك بمثل ما تملك به المشتري صورة أو قيمة على ما مر .

قال (ولا شفعة في الدار التي يتزوج الرجل عليها أو يتخالف المرأة بها ، أو يتأجر بها داراً أو غيرها أو يصالح بها عن دم عمد أو يعتق عليها عبداً) لأن الشفعة عندنا إنما تجب في مبادلة المال بالمال لما بينا وهذه الأحوال ليست بأموال فليجاب الشفعة فيها بخلاف المشروع وقلب الموضوع . وعند الشافعي رحمه الله تجب فيها الشفعة ، لأن هذه الأحوال مقومة عنده ، فأمكن الأخذ بقيمتها إن تعلمت بمثلها كما في البيع بالعرض ، بخلاف المبة لأنه لا عوض فيها رأساً وقوله يتأق فيا إذا جعل شفعاً من دار مهر أو ما يضلعيه ، لأنه لا شفعة عنده إلا فيه ونحن نقول إن تقوم منافع البيع في النكاح وغيرها بقصد الإجارة ضروري ، فلا يظهر في حق الشفعة ، وكذا الدم والعق غير معصوم ، لأن القيمة ما يقوم مقام غيره في المعنى الخاص المطلوب ولا يتحقق فيها . ، وعلى هذا إذا تزوجها بغير مهر ثم فرض لها الدار مهرًا ، لأنه بمنزلة المفروض في العقد في كونه مقابلًا بالبيع بخلاف ما إذا باعها بمهر المثل أو بالمسعى لأنه مبادلة مال بمال ، ولو تزوجها على دار على أن ترد عليه ألفاً فلا شفعة في جميع الدار عند أبي حنيفة رحمه الله . وقالوا : تجب في حصص الألف لأنه مبادلة مالية في حقه وهو يقول معنى البيع فيه تابع ، ولهذا ينقد بلفظ النكاح ولا يفسد بشرط النكاح فيه ولا شفعة في الأصل ، فكان في البيع ولأن الشفعة شرعت في المبادلة المالية المقصودة حتى أن المضارب إذا باع داراً وفيها ربح لاستحقاق رب المال الشفعة في حصصه الربح لكونه تابعاً فيه .

قال (أو يصالح عليها بإنكار ، فإن صالح عليها بإقرار وجبت الشفعة) قال رضي الله عنه : هكذا ذكر في أكثر نسخ المختصر . والصحيح أن يصالح عنها بإنكار مكان قوله أو يصالح عليها ، لأنه إذا صالح عنها بإنكار بقر الدار في يده فهو يزعم أنها لم تزل من

ملكه ، وكذا إذا صالح عنها بسكوت لأنه يجتمل أنه بذل المال ابتداءً بيمينه وقطعا لشطب خصمه ، كما إذا أنكر صريحا ، بخلاف ما إذا صالح عنها بإقرار لأنه معترف بالملك للمدعى وإنما استفاده بالصالح فكان مبادلة مالية ، أما إذا صالح عليها بإقرار أو بسكوت أو إنكار وجبت الشفعة في جميع ذلك لأنه أعطىها عوضا عن حقه في زعمه إذا لم يكن من جنسه فيعادل بزعمه .

قال (ولا شفعة في هبة لما ذكرنا إلا أن تكون بعوض مشروط) لأنه بيع انتهاء ولا بد من القبض ، وأن لا يكون الموهوب ولا عوضه شاعرا ، لأنه هبة ابتداء وقد قررناه في كتاب الهبة ، بخلاف ما إذا لم يكن العوض مشروطا في العقد لأن كل واحد منهما هبة مطلقة إلا أنه أئيب منها فامتنع الرجوع .

قال (ومن باع بشرط الخيار فلا شفعة للشفع) لأنه يمنع زوال الملك عن البائع (فإن أسقط الخيار وجبت الشفعة) لأنه زال المانع عن الزوال ، ويشترط الطلب عند سقوط الخيار في الصحيح ، لأن البيع يصير سببا لزوال الملك عند ذلك .

قال (وإن اشترى بشرط الخيار وجبت الشفعة) - لأنه لا يمنع زوال الملك عن البائع بالاتفاق والشفعة تنبئ عليه على ما مر ، وإذا أعطى في الثلث وجب البيع لعجز المشتري عن الرد ولا خيار للشفع لأنه يثبت بالشرط وهو للمشتري دون الشفع ، وإن بيعت دلو إلى جنبا ، والخيار لأحدهما فله الأخذ بالشفعة ، أما لبائع فظاهر ببقاء ملكه في التي يشفع بها وكلا إذا كان للمشتري ، وفيه إشكال أوضحناه في البيوع فلا نعيده . وإذا أعطى كان إجازة منه للبيع ، بخلاف ما إذا اشتراها ولم يرها حيث لا يبطل خياره بأخذ ما بيع يجنبا بالشفعة ، لأن خيار الرؤية لا يبطل بصريح الإبطال فكيف بدلالته ، ثم إذا حضر شفع الدار الأولى له أن يأخذها دون الثانية لانعدام ملكه في الأولى حين بيعت الثانية .

قال (ومن ابتاع دارا شراء فاسدا فلا شفعة فيها) أما قبل القبض فلم يملكه زوال ملك البائع وبعد القبض لاحتمال التسخ وحق التسخ ثابت بالشرع لدفع الفساد ، وفي إثبات حق الشفعة تقرير الفساد فلا يجوز ، بخلاف ما إذا كان الخيار للمشتري في البيع الصحيح لأنه صار أنحص به تصرفا وفي البيع الفاسد ممنوع عنه .

قال (فإن سقط حق التسخ وجبت الشفعة) لزوال المانع ، وإن بيعت دار يجنبا وهي في يد البائع بعد فله الشفعة بقاء ملكه ، وإن سلمها إلى المشتري فهو شفعها لأن الملك له ،

ثم إن سلم البائع قبل الحكم بالشفعة له بطلت شفيعته كما إذا باع ، بخلاف ما إذا سلم بعده ، لأن بقاء ملكه في الدار التي يشفع بها بعد الحكم بالشفعة ليس بشرط بقيت المأخوذة بالشفعة على ملكه ، وإن استردها البائع من المشتري قبل الحكم بالشفعة له بطلت لا تقطاع ملكه عن التي يشفع بها قبل الحكم بالشفعة ، وإن استردها بعد الحكم بقيت الثانية على ملكه لما بينا .

قال (وإذا قسم الشركاء العقار فلا شفعة لجارهم بالقسمة) لأن القسمة فيها معنى الإفراز ، ولهذا يجري فيها الجبر والشفعة ما شرعت إلا في المبادلة المطلقة

قال (وإذا اشترى دارا فسلم الشفيع الشفعة ثم ردها المشتري بخيار رؤية أو شرط أو بعيب بقضاء قاض فلا شفعة للشفيع) لأنه فسخ من كل وجه فعاد إلى قديم ملكه والشفعة في إنشاء العقد ، ولا فرق في هذا بين القبض وعدمه .

قال (وإن ردها بعيب بغير قضاء أو تقايلا البيع فللشفيع الشفعة) لأنه فسخ في حقها لولايتها على أنفسهما وقد قصد الفسخ وهو بيع جديد في حق ثالث لوجود حد البيع وهو مبادلة المال بالمال بالتراضي والشفيع ثالث ، ومراده الرد بالعيب بعد القبض لأن قبله فسخ من الأصل ، وإن كان بغير قضاء على ما هـ ف . وفي الجامع الصغير : ولا شفعة في قسمة ولا خيار رؤية وهو بكسر الراء ، ومعناه لا شفعة بسبب الرد بخيار الرؤية لما بيناه ، ولا نصح الرواية بالفتح عطفا على الشفعة ، لأن الرواية محفوظة في كتاب إضاعة أنه ثبت في القسمة خيار الرؤية وخيار الشرط ، لأنهما يثبتان للحلل في الرضا فيما يتعلق نزوحه بالرضا ، وهذا المعنى موجود في القسمة والله سبحانه وتعالى أعلم .

باب ما يبطل به الشفعة

قال (وإذا ترك الشفيع الإشهاد حين علم بالبيع ، وهو يقدح على ذلك بطلت شفيعته) لإعراضه عن الطلب ، وهذا لأن الإعراض إنما يتحقق حالة الاختيار وهي عند القدرة . قال (وكذلك إن أشهد في المجلس ولم يشهد على أحد المتبايعين ولا عند العقار) وقد أوضحناه فيما تقدم :

قال (وإن صالح من شفيعه على عوض بطلت شفيعته ورد العوض) لأن حق الشفعة

ليس بحثي مقرر في الحل بل هو مجرد حتى التملك فلا يصح الاحتياض عنه ، ولا يتعلق إسقاطه بغيره من الشرط قبل الفساد أولى فيبطل الشرط ويصح الإسقاط ، وكذا لو باع شئ بمال لما بينا ، بخلاف التصاص لأنه حق مقرر ، وبخلاف الطلاق والعتاق لأنه احتياض من ملك في الحل ، ونظيره إذا قال للمخيرة اختاريني بألف ، أو قال المبتين لأمرئيه : اختاري ترك الصنع بألف فاعطرت سقط الخيار ، ولا يثبت الوض والكفالة بالنفس في هذا بمنزلة الشفعة في رواية ، وفي أخرى : لا تبطل الكفالة ولا يجب المال ، وقيل منه رواية في الشفعة ، وقيل هي في الكفالة خاصة وقد عرف في موضعه . قال (وإذا مات الشفيع بطلت شفعته) وقال الشافعي رحمه الله : تورث عنه .

قال رضي الله عنه : معناه إذا مات بعد البيع قبل القضاء بالشفعة ، أما إذا مات بعد قضاء الشفيع قبل نقد الممن وقبضه فالبيع لازم لورثته وهذا نظير الاختلاف في خيار الشرط ، ومعدوم في البيع ، ولأنه بالموت يزول ملكه من داره ، ويثبت الملك للوارث بعد البيع وقبضه وقت البيع ، وقبضه للشفيع إلى وقت القضاء شرط فلا يستوجب الشفعة بكونه (وإن مات المشتري لم تبطل) لأن المستحق باق ولم يتغير سبب حقه ، ولا يباع في دين المشتري ووصيته ، ولو باعه القاضى أو الوصى أو وصى المشتري فيها بوصية فللشفيع أن يطلعه ويأخذ الدار لتقدم حقه ، ولهذا يقتضى تصرفه في حياته :

قال (وإذا باع الشفيع ما يشفع به قبل أن يقضى له بالشفعة بطلت شفعته) لزوال سبب الاستحقاق قبل التملك وهو الاتصال بملكه ، ولهذا يزول به وإن لم يعلم بشرائه للشفعة ، كما إذا سلم صريحا أو ذرا عن الدين وهو لا يعلم به ، وهذا بخلاف ماله إذا باع الشفيع داره بشرط الخيار له لأنه يمنع الزوال فيبقى الاتصال

قال (ووكيل البائع إذا باع وهو الشفيع فلا شفعة له ، ووكيل المشتري إذا ابتاع فله الشفعة) والأصل أن من باع أو بيع له لاشفعة له ، ومن اشترى أو ابتاع له فله الشفعة لأن الأول بأخذ المشفوعة يسمى في تقضى ما تم من جهة وهو البيع ، والمشتري لا يقتضى شرائا بالأخذ بالشفعة لأنه مثل الشراء (وكذلك لو ضمن الدرك من البائع وهو الشفيع فلا شفعة له) وكذلك إذا باع وشرط الخيار لغيره فأقصى الشروط له الخيار البيع وهو الشفيع فلا شفعة له لأن البيع تم بأفعاله بخلاف جانب الشروط له الخيار من جانب المشتري . قال (وإذا بلغ الشفيع أنها بيعت بألف درهم فسلم ثم علم أنها بيعت بأقل أو بمنفعة

أو شعير قيمتها ألف أو أكثر فتسليمه باطل وله الشفعة لأنه إنما سلم لاستكثار الثمن في الأول ولتعدد الجنس الذي بلغه وتيسر ما يبيع به في الثاني إذ المجلس مختلف وكذا كل مكيل أو موزون أو عدي متقارب ، بخلافها إذا علم أنها ييمت بمرض قيمته ألف أو أكثر ، لأن الواجب فيه للقيمة وهي دراهم أو دنانير ، وإن بان أنها ييمت بدنانير قيمتها ألف فلا شفعة له ، وكلنا إذا كانت أكثر . وقال زفر رحمه الله : له الشفعة لاختلاف الجنس ولنا أن الجنس متحد في حق الثمنية .

قال (وإذا قيل له إن المشتري فلان فسلم الشفعة ثم علم أنه غيره فله الشفعة) لثبوت الجوار (ولو علم أن المشتري هو مع غيره فله أن يأخذ نصيب غيره) لأن التسليم لم يوجد في حقه (ولو بلغه شراء النصف فسلم ثم ظهر شراء الجميع فله الشفعة) لأن التسليم لقصور الشركة ولا شركة ، وفي عكسه لا شفعة في ظاهر الرواية لأن التسليم في الكل تسليم في أبعاضه ، ولقد أعلم .

فصل

قال (وإذا باع داراً إلا مقدار ذراع منها في طول الحد الذي يلى النفع فلا شفعة له) لانقطاع الجوار وهذه حيلة وكذا إذا وعبه من هذا المقدار وسلمه إليه لما بينا .

قال (وإذا ابتاع منها سهماً بضمن ثم ابتاع بقيتها فالشفعة للجار في السهم الأول دون الثاني) لأن الشفع جاز فيها إلا أن المشتري في الثاني شريك فيتقدم عليه ، فإن أراد الحيلة ابتاع السهم بالضمن إلا هوها مثلاً والباقي بالبيع وإن ابتاعها بضمن ثم دفع إليه ثوباً عوضاً عنه فالشفعة بالضمن دون الثوب ، لأنه فقد آخر والضمن هو الموضع عن الدار

قال رضي الله عنه : وهذه حيلة أخرى نعم الجوار والشركة ، فيباع بأضمار قيمته ويعطى بها ثوب بقدر قيمته ، إلا أنه لو استحققت المشفوعة بقي كل الثمن على مشتري الثوب لقيام البيع الثاني فيتضرر به . والأوجوه أن يباع بالدرهم الثمن دينار ، حتى إذا استحق المشفوع يطل الصرف فيجب رد الدينار لا غير .

قال (ولا تكره الحيلة في إسقاط الشفعة عند أبي يوسف رحمه الله وتكرهه عند محمد رحمه الله) لأن الشفعة إنما وجبت لدفع الضرر ، ولو أجمعا الحيلة مادفعته . ولأبي يوسف أنه منع عن إثبات الحق فلا يعد ضرراً وعلى هذا الخلاف الحيلة في إسقاط الزكاة .

مسائل متفرقة

قال (وإذا اشترى خمسة نفر داراً من رجل ، فاشفع أن يأخذ نصيب أحدهم ، وإن اشترى رجل من خمسة أخذها كلها أو تركها) والفرق أن في الوجه الثاني يأخذ البعض بغير الصفقة على المشتري فيضرب به زيادة الضرر . وفي الوجه الأول يقوم الشفع بمقام أحدهم فلا تفرق الصفقة ، ولا فرق في هذا بين ما إذا كان قبل القبض أو بعده هو الصحيح ، إلا أن قبل القبض لا يمكنه أخذ نصيب أحدهم إذا تقدم ما عليه ما لم يتقدم الآخر خصه ، كيلا يؤدي إلى تفريق اليد على البائع بمنزلة أحد المشتريين ، بخلاف ما بعد القبض لأنه سقطت يد البائع ، وسواء سمي لكل بعض ثمتاً أو كان الثمن جملة ، لأن العبرة في هذا لتفريق الصفقة لا للثمن ، وههنا تفريعات ذكرناها في كفاية المنتهى :

قال (ومن اشترى نصف دار غير مقسوم فقامه البائع أخذ الشفع النصف الذي صار للمشتري أو يدع) لأن القسمة من تمام القبض لما فيه من تشكيل الانقطاع ، ولهذا يتم القبض بالقسمة في الحبة والشفع لا ينقض القبض ، وإن كان له نفع فيه بسود المهددة على البائع ، فكذا لا ينقض ما هو من تمامه بخلاف ما إذا باع أحد الشريكين نصيبه من الدار المتحركة وقاسم المشتري الذي لم يبيع حيث يكون للشفع نقضه ، لأن العقد ما وقع مع الذي قاسم فلم تكن القسمة من تمام القبض الذي هو حكم العقد ، بل هو تصرف بحكم الملك فيقتضيه الشفع كما يقتضيه وجهه ، ثم إطلاق الجواب في الكتاب يدل على أن الشفع يأخذ النصف الذي صار للمشتري في أي جانب كان وهو المروى عن أبي يوسف رحمه الله ، لأن المشتري لا يمكنه إبطال حقه بالقسمة . وعن أبي حنيفة رحمه الله أنه إنما يأخذ إذا وقع في جانب الدار التي يشفع بها لأنه لا يبقى جوارها يقع في الجانب الآخر .

قال (ومن باع داراً وله عبد مأمون عليه دين فله الشفعة وكذا إذا كان العبد هو البائع فملوا له الشفعة) لأن الأخذ بالشفعة تملك بالثمن فيترك منزلة الشراء وهذا لأنه مفيد لأنه يقتصر للفرء ، بخلاف ما إذا لم يكن عليهما دين لأنه يبيعه لمولاه ولا شفعة لمن يبيع له :

قال (وتسليم الأب والوصى الشفعة على الصغير جائز عند أبي حنيفة وأبي يوسف وحماد الله . وقال محمد فزعه رغبهما الله : هو على شفعت إذا بلغ) قالوا : وعلى هذا الخطوف إذا بلغهما شراء دار يجوز له ذلك الصبي فلم يطلب الشفعة ، وعلى هذا الخلاف تسليم

الوكيل بطلب التهمة ، في رواية كتاب الوكالة وهو الصحيح . الحمد وزفر أنه حتى ثبت التصدير فلا يمكن إبطاله كذب ومردده ، ولكنه شرع لدفع الضرر ، فكان إبطاله لمجرد إرجاء ، وبما أنه في معنى التجارة فيمكن أن تركه ، ألا ترى أن من أوجب بيعا لصبي صبح رده من الأب والوصى ، ولأنه دائر بين التفع والضرر ، وقد يكون النظر في تركه ليبيئ الممن على ملكه والولاية نظرية فيمكن كونهما كالمطلوع لكونه دليل الإعراض ، وهذا إذا بيعت بمثل قيمتها ، فإن بيعت بأكثر من قيمتها بما لا يتباين الناس فيه قبل جاز التسليم بالإجماع لأنه يمحض نظرا ، وقيل لا يصح بالاتفاق لأنه لا يملك الاستدلال بملكه للتسليم كالأجنبي ، وإن بيعت بأقل من قيمتها بحايطة كثيرة ، فمن أبي حنيفة رحمه الله أنه لا يصح التسليم منها أيضا ولا رواية عن أبي يوسف رحمه الله والله أعلم .

كتاب القسمة

القسمة في الأهمان المشتركة مشروعة ، لأن النبي عليه الصلاة والسلام باشرها في المعام والموارث وجرى التوارث بها من غير تكثير ، ثم هي لا تعرى عن معنى المبادلة لأن ما يجمع لأحدهما بعضه كان له وبعضه كان لصاحبه فهو بطلعه حوضا عما بقي من حقه في نصيب صاحبه فكان مبادلة وإفراز . والإفراز هو الظاهر في المكيالات والموزونات لعدم التفاوت ، حتى كان لأحدهما أن يأخذ نصيبه حال غيبة صاحبه ، ولو اشتريا فاقسما يبيع أحدهما نصيبه مراعاة بنصف الممن :

ومعنى المبادلة هو الظاهر في الحيوانات والعروض لتفاوت ، حتى لا يكون لأحدهما أخذ نصيبه عند غيبة الآخر ، ولو اشتريا فاقسما لا يبيع أحدهما نصيبه مراعاة بعد القسمة ، إلا أنها إذا كانت من جنس واحد أجبر القاضى على القسمة عند طلب أحد الشركاء ، لأن فيه معنى الإفراز لتضارب المقاصد والمبادلة مما يجري فيه للمركا في قضاء الدين ، وهذا لأن أحدهم يطلب القسمة يسأل القاضى أن ينضمه بالانضمام بنصيبه ومنع الغير من الانضمام بملكه فيجب على القاضى إجابته ، وإن كانت أجناسا مخلفة لا يجبر القاضى على قسمتها لتصلر المعادلة باعتبار فمض التفاوت في المقاصد ولو تراضوا عليها جاز لأن الحق لهم .

قال (وينبغي للقاضى أن ينصب قاسما يرزقه من نيت المال لقسم بين الناس بغير أجر)

لأن القسمة من جنس عمل القضاء من حيث إنه يتم به قطع المارعة فأشبهه رزق القاضي ،
ولأن منطقة نصب القاسم تم العلمة فتكون كفايته في عالم غراما بالغم .

قال (فإن لم يفعل نصب قاسما بقسم بالأجر) معناه بأجر على المتقاضين لأن النفع لم
يحل انحصوص ويقدر بأجر مثله كيلا يتحكم بالزيادة ، والأفضل أن يرزقه من بيت المال لأنه
لوفيق بالناس وأبعد من التهمة (ويجب أن يكون عدلا مأمونا عالما بالقسمة) لأنه من جنس
عمل القضاء ، ولأنه لا بد من القدرة وهي بالعلم ومن الاعتماد على قوله وهو بالأمانة
(ولا يجبر القاضي الناس على قسم واحد) معناه لا يجبرهم على أن يتأجروا لأنه لا يجبر
على العقود ، ولأنه لو تعين لتحكم بالزيادة على أجر مثله (ولو اصطالحوا فاقسموا جاز
إلا إذا كان فيهم صغير فيحتاج إلى أمر القاضي) لأنه لا ولاية لهم عليه .

قال (ولا يترك القسم يشتركون) كيلا نصير الأجرة غالية بتواكلهم وعند علم
الشركة يقاد كل منهم إليه خوفاً من فوت فيرضع الأجر .

قال (وأجرة القسمة على عدد الرموس عند أبي حنيفة رحمه الله . وقال أبو يوسف
ومحمد وحماد الله : على قدر الأنصبة) لأنه مئة المالك ، فيقدر بقدره كأجرة الكيل
والوزن وحفر البئر المشتركة ونفقة المملوك المشترك . ولأبي حنيفة رحمه الله أن الأجر مقابل
بتمييز وأنه لا يضاوت ، وربما يصعب الحساب بالنظر إلى التقليل ، وقد ينمكس الأمر
فيتملر احتباره فيتملر الحكم بأصل التمييز ، بخلاف حفر البئر ، لأن الأجر مقابل ينقل
التراب وهو يضاوت ، والكيل والوزن إن كان للقسمة قبل هو على الخلاف ، وإن لم
يكن للقسمة فالأجر مقابل بصل الكيل والوزن وهو يضاوت وهو المملر لو أطلق
ولا يفصل ، وعنه أنه على الطالب دون المتع لضعف ومضرة المتع .

قال (وإذا حفر الشركاء عند القاضي وفي أبيهم دار أو ضيعة وادعوا أنهم ورثوها
عن فلان لم يقسمها القاضي عند أبي حنيفة رحمه الله حتى يقيموا البيعة على موته وحده
ورثته ، وقال صاحباه : يقسمها باعترافهم ، ويذكر في كتاب القسمة أنه قسمها بقولهم
وإن كان المال المشترك ما سوى العقار وادعوا أنه ميراث قسنة في قولهم جميعا ، ولو ادعوا
في العقار أنهم اشتروه قسمة بينهم) لما أن اليد دليل الملك والإقرار بأمره المصلحة
ولا تنازع لهم فيقسمه بينهم كما في المنقول الموروث والعقار المشتري ، وهذا لأنه لا منكر
ولا يخط إلا على المكر فلا يفيد إلا أنه يذكر في كتاب القسمة أنه قسمها بقرولهم

ليقتصر عليهم ولا يتعداهم : وله أن القسمة قضاء على الميت إذ التركة مبقاة على ملكه قبل القسمة ، حتى لو حدثت الزيادة قبلها تنفذ وصاياه فيها وتبقى ديونه منها ، بخلاف ما بعد القسمة ، وإذا كانت قضاء على الميت فالإقرار ليس بحجة عليه ، فلا بد من البيعة وهو مفيد ، لأن بعض الورثة ينتصب خصما عن المورث ، ولا يتمتع ذلك بإقراره كما في المورث أو الوصي المقر بالدين ، فإنه يقبل البيعة عليه مع إقراره ، بخلاف الموقوف لأن في القسمة نظرا للحاجة إلى الحفظ أما العقار فحصر بنفسه ، ولأن الموقوف مضمون على من وقع في يده ولا كذلك العقار عنه وبخلاف المشتري لأن المبيع لا يبقى على ملك البائع وإن لم يقسم فلم تكن القسمة قضاء على الغير .

قال (وإن ادعوا الملك ولم يذكروا كيف انتقل إليهم قسمة بينهم) لأنه ليس في القسمة قضاء على الغير فإنهم ما أقرروا بالملك لغيرهم . قل رضى الله عنه : هذه رواية كتاب القسمة (وفي الجامع الصغير : أرض ادعاه رجلان وأقاما البيعة أنها في أيديهما وأراد القسمة لم يقسما حتى يقيم البيعة أنها لهما) لاحتمال أن يكون لغيرهما ، ثم قيل هو قول أبي حنيفة خاصة ، وقيل قول الكل وهو الأصح لأن قسمة الحفظ في العقار غير محتاج إليه وقسمة الملك تقتضي إقامته ولا ملك فامتنع الجواز :

قال (وإذا حضر وارثان وأقاما البيعة على الزكاة ، وعدد الورثة والذلل في أيديهم ومعهم وارث غالب قسما التقاضى بطلب الحاضرين وينصب وكيلًا يقبض نصيب الغائب وكذا لو كان مكان الغائب صبي يقسم وينصب وصيا يقبض نصيبه) لأن فيه نظرا للغائب والصغير ولا بد من إقامة البيعة في هذه الصورة عنه أيضا خلافا لما كما ذكرناه من قبل (ولو كانوا مشترين لم يقسم مع نية أحدهم) والفرق أن ملك الوارث ملك خلافة حتى يرد بالعيب ويرد عليه بالعيب فيما اشتراه المورث أو باع ويصير مفرورا بشراء المورث فانتصب أحدهما خصما عن الميت فيما في يده والآخر عن نفسه فصارت القسمة قضاء بخبرة المتخاصمين .

أما الملك الثابت بالشراء ملك مبتدأ ولهذا لا يرد بالعيب على بائع بآثمه فلا يصلح الحاضر خصما عن الغائب فوضح الفرق (وإن كان العقار في يد الوارث الغائب أو شيء منه لم يقسم وكذا إذا كان في يد مودعه وكذا إذا كان في يد الصغير) لأن القسمة قضاء على الغائب والصغير باستحقاق يدهما من غير خصم حاضر عنها وأمين الخصم ليس بخصم

عنه فيما يستحق عليه والقضاء من غير الخصم لا يجوز ، ولا فرق في هذا الفصل بين إقامة
البينة وعدمها هو الصحيح كما أطلق في الكتاب .

قال (وإن حضر وارث واحد لم يقسم وإن أقام البينة) لأنه لا بد من حضور
خصمين ، لأن الواحد لا يصلح غلصا وغاصبا وكلما مقاسما ومقاسما ، بخلاف ما إذا كان
الحاضر للثنين على ما بينا (ولو كان الحاضر كبيرا وصغيرا نصب القاضي عن الصغير
وصيا وقسم إذا أقيمت البينة ، وكذا إذا حضر وارث كبير وموصى له بالثلث فيها وطلبا
وطلبا القسمة وأقاما البينة على الميراث والوصية بنفسه) لاجتماع الخصمين الكبير عن
للث والموصى له من نفسه ، وكذا الوصى عن الصبي كأنه حضر بنفسه بعد البلوغ
لقبامه مقامه .

فصل فيما يقسم وما لا يقسم

قال (وإذا كان كل واحد من الشركاء ينفع بنصيبه قسم بطلب أحدهم) لأن القسمة
حتى لازم فيما يحصلها عند طلب أحدهم على ما بيناه من قبل (وإن كان ينفع أحدهم
ويستغربه الآخر قلعة نصيبه ، فإن طلب صاحب الكثير قسم ، وإن طلب صاحب
القليل لم يقسم) لأن الأول ينفع به فيعتبر طلبه والثاني تمتعت في طلبه فلم يعتبر : وذكر
الخصم على قلب هذا لأن صاحب الكثير يريد الإضرار بغيره والآخر يرضى بضر
نفسه . وذكر الحاكم الشهيد في مختصره أن أيهما طلب القسمة يقسم القاضي ، والوجه
المخرج فيما ذكرناه والأصح المذكور في الكتاب وهو الأول (وإن كان كل واحد منهما
ينفع لغيره لم يقسما إلا بتراضيهما) لأن الجبر على القسمة لتكثير المنفعة وفي هذا
ظهورها ونحوه بتراضيهما لأن الحق لهما وهما أحرف بشأنها . أما القاضي فيعتمد الظاهر

قال (ويقسم العروض إذا كانت من صنف واحد) لأن عند اتحاد الجنس يتحد
المقصود فيحصل التعديل في القسمة والتكثير في المنفعة (ولا يقسم الجنسين ببعضها في
بعض) لأنه لا اختلاط بين الجنسين ، فلا تقع القسمة تمييزا بل تقع معاوضة وسيلها
التراضى دون جبر القاضي (ويقسم كل موزون ومكيل كثير أو قليل والمعدود المتقارب
ومجر الذهب والفضة والحديد والنحاس والإبل باتفادها والبقر والغنم ، ولا يقسم شاة
ومجرا ويرفونا وحمارا ولا يقسم الأواني) لأنها باختلاف الصنعة التحقت بالأجناس
المختلطة (ويقسم الثياب المروية) لاتحاد الصنف (ولا يقسم ثوبا واحدا) لاشتغال القسمة

على الضرر، إذ هي لا تتحقق إلا بالقطع (ولا توين إذا اختلفت قيمتها) لما بينا ، بخلاف ثلاثة أبواب إذا جعل ثوب بثوبين أو ثوب وربع ثوب بثوب وثلاثة أرباع ثوب لأنه قسمة البعض دون البعض وذلك جاز .

(وقال أبو حنيفة : لا يقسم الرقيق والجواهر) لغاوتها (وقال : يقسم الرقيق) لانحداد الجنس كما في الإبل والغنم ورقيق المغنم . وله أن التفاوت في الأدنى فاحش لتفاوت المعاني الباطنة فصار كالجنس المختلف بخلاف الحيوانات ، لأن التفاوت فيها يقل عند اتحاد الجنس ، ألا ترى أن الذكر والأنثى من بنى آدم جنسان ومن الحيوانات جنس واحد ، بخلاف المغنم لأن حق الغنمين في المأيلة حتى كان للإمام بينهما وقسمة ثمنها وهنا يتعلق بالعين والمأيلة جميعا فافترقا .

وأما الجواهر فقد قيل إذا اختلف الجنس لا يقيم كاللآلئ والياقوت ، وقيل لا يقسم الكبار منها لكثرة التفاوت ويقسم الصغار لقلة التفاوت ، وقيل يجري الجواهر على إطلاقه لأن جهالة الجواهر أفحش من جهالة الرقيق ، ألا ترى أنه لو تزوج على ثولثة أو ياقوتة أو خالغ عليها لا تصح التسمية ويصح ذلك على عبد فأولى أن لا يجرى على القسمة .

قال (ولا يقسم حمام ولا بئر ولا ربح إلا أن يراضى الشركاء وكلما انحاط بين الدارين) لأنها تشتمل على الضرر في الطرفين إذ لا يبقى كل نصيب مستقما به انتظاما مقصودا فلا يقسم القاضى بخلافه التراضى لما بينا .

قال (وإذا كانت دور مشتركة في مصر واحد قسم كل دار على حداثها في قول أبي حنيفة رحمه الله . وقال : إن كان الأصلح لهم قسمة بعضها في بعض قسمها) وهل هذا الخلاف الأخرعة المضرة المشتركة . لما أنها جنس واحد اسمها وصورة ونظرا إلى أصل السكنى أجناس معنى نظرا إلى اختلاف المقاصد ووجوه السكنى ، فيؤنس الترجيح إلى القاضى ؛ وله أن الاعتبار للمعنى وهو المقصود ، ويختلف ذلك باختلاف البلدان والمحال والجيران والقرب إلى المسجد والماء اختلافا فاحشا ، فلا يمكن التبديل في القسمة ، ولهذا لا يجوز التوكيل بشراء دار ، وكلما لو تزوج على دار لا تصح التسمية كما هو الحكم فيها في الثوب ، بخلاف الدار الواحدة إذا اختلفت بيوتها ، لأن في قسمة كل بيت على حدة ضررا قسمت الدار قسمة واحدة :

قال رضى الله عنه : تقيد الوضع في الكتاب إشارة إلى أن الدارين إذا كانتا في مصرين لا يجتمعان في القصة عندما ، وهو رواية هلال عنها . ومن محمد أنه يقسم إحداها في الأخرى واليهوت في حلة أو حال تقسم قصة واحدة ، لأن الضاوت فيها يسهر والمنازل المتلازمة كالبيوت والحجاية كاللور ، لأنه بين النظر والبيت على ما مر من قبل فلتأخذ شيئا من كل واحد .

قال (وإن كانت دار وضبة أو دار وحانوت قسم كل واحد منهما على حدة) لاختلاف الجنس .

قال رضى الله عنه : يجعل الدار والحانوت جنسين وكذا ذكر المصنف : وقال في إجراءات الأصل : إن إجارة منافع الدار بالحانوت لا تجوز ، وهذا يدل على أنها جنس واحد لجعل في المسئلة روايتان أو تنهى حرمة الربا هناك على شبهة الهانسة .

فصل في كيفية القصة

قال (وينبغي التمام أن يصور ما يقسمه) ليكنه حفظه (ويبدله) يعنى يسويه على سهام القصة ويروى بجزله : أى يقطعه بالقصة من غيره (ويلدعه) ليعرف قدره (ويقوم البناء) لحجته إليه في الآخرة (ويفرز كل نصيب عن الباقي بطريقه وشربه حتى لا يكون لتصيب بعضهم بتصيب الآخر تعلق) فتقطع المنازعة ويتحقق معنى القصة على التمام (ثم يلقب نصيبا بالأول والذي يليه بالثاني والثالث على هذا ثم يخرج للقرعة ، فمن خرج اسمه أولا فله السهم الأول ومن خرج ثانياً فله السهم الثاني) .

والأصل : أن ينظر في ذلك إلا أقل الأصباء حتى إذا كان الأقل ثلثا جعلها أثلاثا وإن كان سديسا جعلها أسديسا تمكن القصة ، وقد شرحناه مشبعا في [كفاية المشتري] جوفيق الله تعالى ، وقوله في الكتاب : ويفرز كل نصيب بطريقه وشربه بيان الأفضل ، لأن لم يفعل أو لم يمكن جاز على ما ذكره بتضميله إن شاء الله ، والقرعة لتطبيب القلوب ولإزالة حمة الليل حتى لو عين لكل منهم نصيبا مع غير إقراع جاز لأنه في معنى القضاء فيملك الإلزام :

قال (ولا يدخل في القصة الناهم والدنانير إلا براضيتهم) لأنه لا شركة في الدراهم والقصة من حقوق الاشتراك ، ولأنه يفوت به التعليل في القصة لأن أحدهما يصل

حين العقار ودرام الآخر في ذمته ولعلها لا تسلم له (وإذا كان أرض وبناء ، فمن أبي يوسف أنه يقسم كل ذلك على اعتبار القيمة) لأنه لا يمكن اعتبار المعادلة إلا بالتقويم .

ومن أبي حنيفة رحمه الله : أنه يقسم الأرض بالمساحة لأنه هو الأصل في المسوحات ثم يرد من وقع البناء في نصيبه أو من كان نصيبه أجود دراهم على الآخر حتى يساويه فتدخل الدراهم في القسمة ضرورة كالأخ لا ولاية له في المال ، ثم يملك تسمية الصداق ضرورة التزويج . وعن محمد رحمه الله أنه يرد على شريكه بمقابلة البناء ما يساويه من العرصه ، وإذا بقي فضل ولم يمكن تحقيق التسوية ، بأن كان لاتبى العرصه بقيمة البناء ، فيحتفظ يرد للفضل دراهم لأن الضرورة في هذا القدر فلا يترك الأصل إلا بها وهذا يوافق رواية الأصل .

قال (فإن قسم بينهم ولأحدهم مسيل في نصيب الآخر أو طريق لم يشترط في القسمة ، فإن أمكن صرف الطريق والمسيل عنه ليس له أن يستغرق ويسيل في نصيب الآخر) لأنه أمكن تحقيق معنى القسمة من غير ضرر (وإن لم يكن فصحت القسمة) لأن القسمة عطفة لبقاء الاختلاط فتستأنف بخلاف البيع ، حيث لا يفسد في هذه الصورة ، لأن المقصود منه تملك العين ، وأنه يجامع تعلو الانتفاع في الحال . أما القسمة فلتكامل المنفعة ولا يتم ذلك إلا بالطريق ، ولو ذكر الحقوق في الوجه الأول كذلك الجواب لأن معنى القسمة الإفرز والتمييز ، ونعمام ذلك بأن لا يبقى لكل واحد تعلق بنصيب الآخر وقد أمكن تحقيقه بصرف الطريق والمسيل إلى غيره من غير ضرر فيصار إليه ، بخلاف البيع إذا ذكر فيه الحقوق حيث يدخل فيه ما كان له من الطريق والمسيل لأنه أمكن تحقيق معنى البيع وهو التملك مع بقاء هذا التعلق بملك غيره ، وفي الوجه الثاني : يدخل فيها لأن القسمة لتكامل المنفعة ، وذلك بالطريق والمسيل فيدخل عند التنصيب باعتباره وفيها معنى الإفرز ، وذلك بانقطاع التعلق على ما ذكرنا ، فباعتباره لا يدخل من غير تنصيب بخلاف الأجرة حيث يدخل فيها بدون التنصيب لأن كل المقصود الانتفاع وذلك لا يحصل إلا بادخال الشرب والطريق فيدخل من غير ذكر .

(ولو اختلفوا في رفع الطريق بينهم في القسمة إن كان يستقيم لكل واحد طريق يفتحه في نصيبه ، قسم الحاكم من غير طريق يرفع لجماعتهم) لتحقيق الإفرز بالكلية فونه (وإن كان لا يستقيم ذلك رفع طريقا بين جماعتهم) ليحقق تكامل المنفعة فيما وراء

الطريق (ولو اختفوا في مقداره جعل على عرض باب الدار وطوله) لأن الحاجة تندفع به (والطريق على سبيلهم كما كان قبل القسمة) لأن القسمة فيها ورياء الطريق لا فيه (ولو شرطوا أن يكون الطريق بينهما أثلاثا جاز وإن كان أصل الدار نصفين) لأن القسمة على التضاضل جائزة بالتراضي :

قال (وإذا كان سفلا لعلو عليه وعلو لاسفل له وسفل له علو قوم كل واحد على حده وقسم بالقيمة ولا يعتبر بغير ذلك) قال رضي الله عنه : هذا عند محمد رحمه الله . وقال أبو حنيفة وأبو يوسف رحمهما الله : يقسم بالذرع . لعمد أن السفلى يصلح لما لا يصلح له العلو من اغتازه بئر ماء أو سردابا أو اصطبل أو غير ذلك ، فلا يتحقق التعديل إلا بالقيمة وما يقولان إن القسمة بالذرع هي الأصل ، لأن الشركة في المذروع لا في القيمة فيضار إليه ما أمكن ، والمراعى التسوية في السكنى لا في المرافق ، ثم اختلفا فيها بينهما في كيفية القسمة بالذرع ، فقال أبو حنيفة رحمه الله : ذراع من سفلى بذراعين من علو : فقال أبو يوسف رحمه الله : ذراع بذراع .

قيل : أجاب كل واحد منهم على عادة أهل عصره أو أهل بلده في تفضيل السفلى على العلو واستوليتها وتفضيل السفلى مرة والعلو أخرى ، وقيل هو اختلاف معنى . ووجه قول أبي حنيفة رحمه الله أن متعة السفلى تربو على متعة العلو بضعفه لأنها تبقى بعد فوات العلو ، ومتعة العلو لا تبقى بعد فناء السفلى ، وكذا السفلى فيه متعة البناء والسكنى وفي العلو السكنى لا غير إذ لا يمكنه البناء على علوه إلا برضا صاحب السفلى فيعتبر ذراعا من السفلى . ولأبي يوسف : أن المقصود أصل السكنى وما يتساويان فيه والمتضامن بمائتان لأن لكل واحد منهما أن يفعل ما لا يضر الآخر على أصله . ولعمد أن المنفعة تختلف باختلاف الحر والبرد بالإضافة إليهما فلا يمكن التعديل إلا بالقيمة والقنوى اليوم على قول محمد رحمه الله ، وقوله : لا يقتصر إلى التفسير .

وتفسير قول أبي حنيفة رحمه الله في مسألة الكتاب أن يجعل بمقابلة مائة ذراع من العلو المبرد ثلاثة وثلاثون وذلك ذراع من البيت الكامل لأن العلو مثل نصف السفلى وثلاثة وثلاثون وثلاثون من السفلى ستة وستون وثلاثون من العلو المبرد ومعه ثلاثة وثلاثون وثلاث ذراع من العلو فينت ذاة ذراع تساوي مائة من العلو المبرد ، ويجعل بمقابلة مائة ذراع من السفلى المبرد من البيت الكامل ستة وستون وثلاث ذراع ، لأن علوه مثل نصف

صفه فبلغت مائة ذراع كما ذكرنا ، والسفل المجرد ستة وستون وثلاث ، لأنه ضعف العلو فيجعل بمقابلة مثله وتفسير قول أن يوسف رحمه الله : أن يحمل باراء خمسين ذراعاً من البيت الكامل مائة ذراع من السفل المجرد ومائة ذراع من العلو المجرد ، لأن السفل والعلو عنده سواء فخمسون ذراعاً من البيت الكامل بمنزلة مائة ذراع خمسون منها سفل وخمسون منها علو .

قال (وإذا اختلف المتقاضيون وشهد القاسمان قبلت شهادتهما) قال رضى الله عنه : هذا الذى ذكره قول أن حنيفة وأن يوسف ، وقال محمد رحمه الله : لا تقبل وهو قول أن يوسف أولاً ، وبه قال الشافى رحمه الله ، وذكر الخصاص قول محمد مع قولهما وقاسما القاضى وغيرهما سواء ، محمد رحمه الله : أنهما أشهدا على فعل أنفسهما ، فلا تقبل كمن علق عتي عبده بفعل غيره فتشهد ذلك الغير على فعله ، ولهما أنهما شهدا على فعل غيرهما وهو الاستيفاء والتقبض لاهل فعل أنفسهما ، لأن فعلهما التميز ولا حاجة إلى الشهادة عليه ، أو لأنه لا يصلح مشهودا به لما أنه غير لازم ، وإنما يلزمه بالتقبض والاستيفاء وهو فعل الغير ، فقبل الشهادة عليه ، وقال الطحاوى رحمه الله : إذا قسما بأجر لا تقبل الشهادة بالإجماع وإليه مال بعض المشايخ رحمهم الله ، لأنهما يدهيان إيفاء عمل استجرا عليه فكانت شهادة صورة ودعوى معنى فلا تقبل إلا أنا نقول هما لا يجران بهلله الشهادة إلى أنفسهما متفان لاتفاق الخصوم على إيفائهما العمل المستأجر عليه وهو التمييز ، وإنما الاختلاف فى الاستيفاء فانقضت التهمة (ولو شهد قاسم واحد لا تقبل) لأن شهادة الفرد غير مقبولة على الغير ولو أمر القاضى أمينة بدفع المال إلى آخر يقبل قول الأمين فى دفع الضمان عن نفسه ولا يقبل فى التزام الآخر إذا كان متكرراً والله أعلم :

باب دعوى الغلط فى القسمة والاستحقاق فيها

قال (وإذا ادعى أحدهم الغلط وزعم أن مما أصابه شيئاً فى يد صاحبه وقد أشهد على نفسه بالاستيفاء لم يصدق على ذلك إلا بينة) لأنه يدعى فسخ القسمة بعد وقوعها ، فلا يصدق إلا بحجة (فإن لم يكن له بينة استخلف الشركاء ، فن نكل منهم جمع بين تعصيب التناكل والمدهى فيقسم بينهما على قدر أنصبتهم) لأن النكول حجة فى حقه خاصة فيعملان على زعمهما :

قال رضي الله عنه : ينبغي أن لا تقبل دعواه أصلاً لتناقضه وإليه أشار من بعد (وإن الله قد استوفيت حتى وأخذت بعضه فالقول قول خصمه مع يمينه) لأنه يدهى عليه النصيب وهو منكر (وإن قال أصابني إلى موضع كذا ، فلم يسلمه إلى ولم يشهد على نفسه بالاستيفاء وكتبه شريكه مخالفاً وفسخت القسمة) لأن الاختلاف في مقدار ما حصل له بالقسمة فصار نظير الاختلاف في مقدار البيع على ما ذكرنا من أحكام التحالف فيما تقدم (ولو اختلفا في التقويم لم يلتفت إليه) لأنه دعوى الغبن ، ولا محتر به في البيع فكذا في القسمة لو حود التراضي (إلا إذا كانت القسمة بقضاء القاضى والغبن فاحش) لأن تصرفه مقيد بالعلل (ولو اقتسما داراً وأصاب كل واحد طائفة فادعى أحدهما بيتاً في يد الآخر أنه مما أصابه بالقسمة ، وأنكر الآخر فعليه إقامة البينة) لما قلنا (وإن أقاما البينة يؤخذ ببينة المدعى) لأنه خارج وبينة الخارج ترجع على بينة ذى اليد (وإن كان قبل الإشهاد على القبض مخالفاً وترداً ، وكذا إذا اختلفا في الحدود وأقاما البينة يقضى لكل واحد بالجزء الذى هو في يد صاحبه) لما بينا (وإن قامت لأحدهما بينة قضى له وإن لم تقم لواحد منهما مخالفاً) كما في البيع .

فصل

قال (وإذا استحق بعض نصيب أحدهما بعينه لم تفسخ القسمة عند أبي حنيفة رحمه الله ورجع بمجته ذلك في نصيب صاحبه ، وقال أبو يوسف رحمه الله تفسخ القسمة) :

قال رضي الله عنه : ذكر الاختلاف في استحقاق بعض بعينه ، وهكذا ذكر في الأسرار ، والصحيح أن الاختلاف في استحقاق بعض شائع من نصيب أحدهما ، فأما في استحقاق بعض معين لا تفسخ القسمة بالإجماع ، ولو استحق بعض شائع في الكل تفسخ بالاتفاق فهذه ثلاثة أوجه ، ولم يذكر قول محمد رحمه الله ، وذكره أبو سليمان مع أبي يوسف وأبو حفص مع أبي حنيفة وهو الأصح ، لأبي يوسف رحمه الله : أن باستحقاق بعض شائع ظهر شريك ثالث لهما ، والقسمة بدون رضاه باطلة كما إذا استحق بعض شائع في النصيبين ، وهذا لأن باستحقاق جزء شائع ينعدم معنى القسمة وهو الإفراز ، لأنه يوجب الرجوع بمجته في نصيب الآخر شائعاً بخلاف المعين ، ولما أن معنى الإفراز لا ينعدم باستحقاق جزء شائع في نصيب أحدهما ، ولهذا جازت القسمة على هذا الوجه في الابتداء بأن كان النصف المقدم مشتركاً بينهما وبين ثالث والنصف المؤخر بينهما لاشركة لغيرهما فيه فالتقسيم

حتى أن لأحدهما مالهما من المقدم وربع المؤخر يجوز فكلما في الإنتهاء وصار كل مستحق شيء معين، بخلاف الشائع في النصيبين ، لأنه لو بقيت القسمة لتضرر الثالث بخرق نصيبه في النصيبين ، أما هنا فلا ضرر بالمستحق فافترقا ، وصورة المسئلة إذا أخذ أحدهما الثلث المقدم من الذار والآخر الثلثين من المؤخر ، وقيمتها سواء ثم استحق نصف المقدم ، فعندهما إن شاء نقض القسمة دفعا لعيب التشقيص ، وإن شاء رجع على صاحبه برع مافي يده من المؤخر لأنه لو استحق كل المقدم رجع بنصف مافي يده فإذا استحق النصف رجع بنصف النصف وهو الربع اعتبارا للجزء بالكل ، ولو باع صاحب المقدم نصفه ثم استحق النصف الباقي شائعا رجع برع مافي يده الآخر عندهما لما ذكرنا وسقط خياره ببيع البض ، وعند أبي يوسف رحمه الله مافي يده صاحبه بينهما نصفان ويضمن قيمة نصف ما باع لصاحبه ، لأن القسمة تنقلب فابسة عنده ، والمقبوض بالمقد الفاسد مملوك فضل البيع فيه ، وهو مضمون بالقيمة فيضمن نصف نصيب صاحبه .

قال (ولو وقعت القسمة ثم ظهر في التركة دين محيط ردت القسمة) لأنه يمنع وقوع الملك للوارث ، وكذا إذا كان غير محيط لتعلق حق الغرماء بالتركة إلا إذا بقي من التركة ما يفي بالدين وراء ما قسم ، لأنه لا حاجة إلى نقض القسمة في إيفاء حقهم (ولو أبرأ الغرماء بعد القسمة أو أداه الورثة من مالهم والدين محيط أو غير محيط جازت القسمة) لأن المانع قد زال ولو ادعى أحد المتقاسمين دينا في التركة صرح دعواه لأنه لا تناقض إذ الدين يتعلق بالمعنى والقسمة تصادف الصورة ، ولو ادعى حينا بأى سبب كان لم يسمح للتناقص إذ الإقدام على القسمة اعتراف بكون المقسوم مشتركا .

فصل في المهايأة

المهايأة جائزة استحسانا للحاجة إليه ، إذ قد يتعرض الاجتماع على الانتفاع ، فأشبه القسمة ولهذا يجرى فيه جبر القاضى ، كما يجرى في القسمة ، إلا أن القسمة أقوى منه في استحكال المنفعة لأنه جمع المنافع في زمان واحد والنهايأة جمع على التعاقب ، ولهذا لو طلب أحد الشريكين القسمة والآخر المهايأة يقسم القاضى لأنه أبلغ في التكيل ، ولو وقعت فيها يحتمل القسمة ثم طلب أحدهما القسمة يقسم ، وتبطل المهايأة لأنه أبغ ولا يبطل النهايأة بموت أحدهما ولا بموتهما لأنه لو انتقض لاستأنفه الحاكم فلا فائدة في النقض ثم الاستئناف . .

(ولو تهايا في دلو واحدة على أن يسكن هذا طائفة وهذا طائفة أو هذا حلوها وهذا سفلهما جاز) لأن القسمة على هذا الوجه جائزة فكلها المهايأة والتهايؤ في هذا الوجه إفراز لجميع الأنسباء لامبادلة وهذا لا يشترط فيه التأقيت (ولكل واحد أن يستغل ما أصابه بالمهايأة شرط ذلك في العقد أو لم يشترط) لحدوث المنافع على ملكه .

(ولو تهايا في عبد واحد على أن يخدم هذا يوما وهذا يوما جاز وكلها في البيت الصغير) لأن المهايأة قد تكون في الزمان ، وقد تكون من حيث المكان ، والأول متعين ههنا (ولو اختلفا في التهايؤ من حيث الزمان والمكان في محل يحتملهما بأمرهما القاضي بأن يتفقا) لأن التهايؤ في المكان أعدل وفي الزمان أكل ، فلما اختلفت الجهة لابد من الإنفاق (فإن اختاراه من حيث الزمان يقرع في البداية) نفيا للهمة (ولو تهايا في العبدين على أن يخدم هذا هذا العبد والآخر الآخر جاز عندهما) لأن القسمة على هذا الوجه جائزة عندهما جبرا من القاضي وبالتراضي فكلها المهايأة ، وقيل عند أبي حنيفة : لا يقسم القاضي ، وهكذا روى عنه لأنه لا يجري فيه الجبر عنده ، والأصح أنه يقسم القاضي عنده أيضا ، لأن المنافع من حيث الخدمة قلما تتفاوت بخلاف أعيان الرقيق لأنها تتفاوت تفاوتنا فاحشا على ما تقدم (ولو تهايا فيما على أن نفقة كل عبد على من يأخذه جاز) استحسانا للمساعدة في إطعام المالك بخلاف شرط الكسوة لأنه لا يسمع فيها .

(ولو تهايا في دارين على أن يسكن كل واحد منهما دارا جاز ويجبر القاضي عليه) أما عندهما فظاهر لأن الدارين عندهما كبدار واحدة وقد قيل لا يجبر عنده اعتبارا بالقسمة ، وعن أبي حنيفة : أنه لا يجوز التهايؤ فيما أصلا بالجبر لما قلنا ، وبالتراضي لأنه يبيع السكنى بالسكنى بخلاف قسمة رقبتهما ، لأن بيع بعض أحدهما ببعض الآخر جاز ، وجه الظاهر أن التفاوت يقل في المنافع فيجوز بالتراضي ويجرى فيه جبر القاضي ويعتبر إفرازا . أما التفاوت فيكثر في أعيانها فاعتبر مبادلة (وفي الدابتين لا يجوز التهايؤ على الركوب عند أبي حنيفة رحمه الله وعنهما يجوز) اعتبارا بقسمة الأعيان ، وله أن الاستعمال يتفاوت بتفاوت الركابين فإنهم بن حاذق وأخرق والتهايؤ في الركوب في دابة واحدة على هذا الخلاف لما قلنا بخلاف العبد لأنه يخدم باختياره فلا يتحمل زيادة على طاقته ، والدابة تحملها ولما التهايؤ الاستئثار فيجوز في الدار الواحدة في ظاهر الرواية ، وفي العبد الواحد ، والدابة الواحدة لا يجوز . ووجه الفرق أن التصيين يتعاقبان في الاستيفاء ، والاعتدال ثابت في الحال

والظاهر بقاؤه في القار وتغيره في الحيوانان لتوالي أسباب التغير عليه فضوت المعادلة ، ولو زادت الغلة في نوبة أحدهما عليها في نوبة الآخر يشتركان في الزيادة ، ليتحقق التعديل بخلاف ما إذا كان التهايز على المنافع فاستل أحدهما في نوبته زيادة لأن التعديل فيها وقع عليه التهايز حاصل وهو المنافع فلا تضره زيادة الاستغلال من بعد (والتهايز على الاستغلال في الدارين جائز) أيضا في ظاهر الرواية لما بينا ولو فضل غلة أحدهما لا يشتركان فيه بخلاف العمل الواحدة ، والفرق أن في الدارين معنى التمييز والإفراز واجب لانحدار زمان الاستيفاء ، وفي الدار الواحدة يتعاقب الوصول فاعتبر قرضا وجعل كل واحد في نوبته كالوكيل عن صاحبه فلهذا يرد عليه حصته من الفضل ، وكذا يجوز في العبدین عندهما اعتبارا بالتهايز في المنافع ، ولا يجوز عنده لأن التفاوت في أعيان الرقيق أكثر منه من حيث الزمان في العبد الواحد ، فأولى أن يمتنع الجواز والتهايز في الخدمة جواز ضرورة ولا ضرورة في الغلة لا مكان قسمتها لكونها عينا ، ولأن الظاهر هو التسامح في الخلطة والاستقصاء في الاستغلال فلا يقاسان (ولا يجوز في الدابین عنده خلافا لهما) والوجه ما بيناه في الركوب .

(ولو كان نخل أو شجر أو غنم بين اثنين فتهايزا على أن يأخذ كل واحد منهما طائفة يستثمرها أو يرحاها ويشرب ألبانها لا يجوز) لأن المهايأة في المنافع ضرورة أنها لا تبقى فيعملر قسمتها ، وهذه أعيان باقية ترد عليها القسمة عند حصولها والحيلة أن يبيع حصته من الآخر ثم يشتري كلها بعد مضى نوبته أو ينتزع بالابن بمقدار معلوم استقراضا لنصيب صاحبه إذ قرض المشاع جائز والله أعلم بالصواب :

كتاب المزارعة

(قال أبو حنيفة رحمه الله : المزارعة بالثلث والربع باطلة)

أعلم أن المزارعة لغة : مفاصلة من الزرع ، وفي الشريعة : هي عقد على الزرع ببعض الثمار وهي فليصة عند أبي حنيفة رحمه الله وقالوا هي جائزة لما روى أن النبي عليه الصلاة والسلام حامل أهل خيبر على نصف ما يخرج من ثمر أو زرع ، ولأنه عقد شركة بين المال والعمل ، فيجوز اعتبارا بالمضاربة والجامع دفع الحصة فإن ذا المال قد لا يبتدى إلى العمل والتقوى عليه لا يجد المال . فبست الحصة إلى انعقاد هذا العقد بينهما بخلاف دفع الثمن والتساج ودود القرض معاملة بنصف الثروات لأنه لا أثر هناك لعمل في تحصيلها فلم يتحقق

شركة ، وأنه لا يروى أنه عليه الصلاة والسلام : نهى عن المخاربة وهي المزاورة ، ولأنه استعمل بيض ما يخرج من عمله فيكون في معنى قبض الطحان ، ولأن الأجر مجهول أو معلوم وكل ذلك مفسد ومعاملة النبي عليه الصلاة والسلام أهل خير كان غراج مقاسمة بطريق المنزل والمصلح وهو جائز (وإذا فسدت عنده فإن سقى الأرض وكربها ولم يخرج شيء منه فله أجر مثله) لأنه في معنى إجارة فاسدة وهنا إذا كان البئر من قبل صاحب الأرض وإن كان البئر من قبله فعليه أجر مثل الأرض والخارج في الوجهين لصاحب البئر لأنه نماء ملكه وللآخر الأجر كما فصلنا إلا أن المتوى على قولها لحاجة الناس إليها وظهور تعامل الأمة بها ، والقياس يترك بالتعامل كما في الاستصناع .

(ثم المزاورة لصحتها على قول من يميزها شروط أحدها : كون الأرض صالحة لزراعة). لأن المقصود لا يحصل بدونه .

(والثاني : أن يكون رب الأرض والمزارع من أهل العقد وهو لا يختص به) لأن عقداً لا يصح إلا من الأهل .

(والثالث : بيان للذة) لأنه عقد على منافع الأرض أو منافع العامل والمدة هي الميزان لما يعلم بها .

(والرابع : بيان من عليه البئر) تنسأ للمنازعة وإعلاماً للمفقود عليه وهو منافع الأرض أو منافع العامل .

(والخامس : بيان نصيب من لا ينز من قبله) لأنه يستحقه عوضاً بالشرط فلا بد أن يكون معلوماً وما لا يعلم لا يستحق شرطاً بالعقد .

(والسادس : أن يخلو رب الأرض بينها وبين العامل حتى لو شرط عمل رب الأرض يفسد العقد) لقوات التخلية .

(والسابع : الشركة في الخارج بعد حصوله) لأنه ينقذ شركة في الانتهاء فلا يقطع حقبة الشركة كان مفسداً للعقد .

(والثامن : بيان جنس البئر) ليصير الأجر معلوماً .

قال (وهي عندهما على أربعة أوجه إن كانت الأرض والبئر لواحد والبقر والعمل لواحد جازت المزاورة) لأن البقر آلة العمل فصار كما إذا استأجر غياطاً ليحيط ببقرة لتحيط (وإن كانت الأرض لواحد والعمل والبقر والبئر لواحد جازت) لأنه استعمل

الأرض ببعض معلوم من الخارج فيجوز كما إذا استأجرها بديارم معلومة (وإن كانت الأرض والبلد والبقر لواحد والعمل من آخر جازت) لأنه استأجره للعمل بآلة المستأجر فصار كما إذا استأجر غياطا لم يخط ثوبه بآرته أو طياتا ليطين بجره (وإن كانت الأرض والبقر لواحد والبلد والعمل لآخر فهي باطلة) وهذا الذي ذكره ظاهر الرواية ، وعن أبي يوسف رحمه الله : أنه يجوز أيضا ، لأنه لو شرط البلد والبقر عليه يجوز ، فكلما إذا شرط وحده وصار كجانب العامل وجه الظاهر أن منفعة البقر ليست من جنس منفعة الأرض ، لأن منفعة الأرض قوة في طبعها يحصل بها الفناء ومنفعة البقر صلاحية يقام بها للعمل كل ذلك بخلاف الله تعالى فلم يحتاجنا فتعلم أن تجعل ثابتة لها بخلاف جانب العامل ، لأنه نجاست المنفعة فجعلت تابعة لمنفعة العامل ، وههنا وجهان آخران لم يذكرهما . أحدهما : أن يكون البلد لأحدهما والأرض والبقر والعمل لآخر فانه لا يجوز ، لأنه يتم شركة بين البلد والعمل ولم يرد به الشرع .

والثاني : أن يجمع بين البلد والبقر وأنه لا يجوز أيضا ، لأنه لا يجوز عند الانفراد فكلما عند الاجتماع والخارج في الوجهين لصاحب البذر في رواية اعتبارا بسائر المزاومات .

والثالثة ، وفي رواية لصاحب الأرض ، وبصير مستقرا فلبس قابضا له لئلا يصاله بأرضه . قال (ولا تصح المزاورة إلا على مدة معلومة) لما بينا (وأن يكون الخارج شاهدا بينهما) تحقيقا لمعنى الشركة (فإن شرط لأحدهما قفرا فانه مساهة فهي باطلة) لأن به تنقطع الشركة لأن الأرض صاهلا لا يخرج إلا هذا القدر فصار كاشتراط ديارم معدودة لأحدهما في المضاربة (وكذا إذا شرط أن يرفع صاحب البلد بلده ويكون الباقي بينهما نصفين) لأنه يؤدي إلى قطع الشركة في بعض معين أو في جميعه بأن لم يخرج إلا قدر البلد ، فصار كما إذا شرط رفع الحراج فالأرض خراجية وأن يكون الباقي بينهما لأنه معين ، بخلاف ما إذا شرط صاحب البلد عشر الخارج لنفسه أو للآخر والباقي بينهما ، لأنه معين مشاع فلا يؤدي إلى قطع الشركة كما إذا شرط رفع العشر وقسم الباقي بينهما والأرض عشرية .

قال (وكلما إن شرط ما على المذاينات والسواقي) معناه لأحدهما لأنه إذا شرط لأحدهما زرع موضع معين أنفى ذلك إلى قطع الشركة ، لأنه لعله لا يخرج إلا من ذلك الموضع وعلى هذا إذا شرط لأحدهما ما يخرج من ناحية معينة وللآخر ما يخرج من ناحية أخرى (وكلما إذا شرط لأحدهما الثمن وللآخر الحب) لأنه عسى أن يصيبه آفة ، فلا ينفذ

الحب ولا يخرج إلا التبن (وكلما إذا شرطا التبن نصفين والحب لأحدهما بعينه) لأنه يؤدي إلى قطع الشركة فيما هو المقصود وهو الحب (ولو شرطا الحب نصفين ولم يتعرضا للتبن صحت) لاشتراطهما الشركة فيما هو المقصود (ثم التبن يكون لصاحب البذر) لأنه تمام بذر ، وفي حقه لا يحتاج إلى الشرط والمفسد هو الشرط ، وهما سكوت عنه ، وقال مشايخ بلخ رحمهم الله : التبن بينهما أيضا اعتبارا للعرف فيما لم يتص على المتعاقدان ، ولأنه تبع للحب والتبع يقوم بشرط الأصل (ولو شرطا الحب نصفين والتبن لصاحب البذر صحت) لأنه حكم العقد (وإن شرطا التبن للأخر فسدت) لأنه شرط يؤدي إلى قطع الشركة بأن لا يخرج إلا التبن واستحقاق غير صاحب البذر بالشرط .

قال (وإذا صحت المزارعة فالخارج على الشرط) لصحة الالتزام (وإن لم يخرج الأرض شيئا فلا شيء للعامل) لأنه يستحقه شركة ولا شركة في غير الخارج ، وإن كانت إجارة للأجر مسمى فلا يستحق غيره بخلاف ما إذا فسدت لأن أجر المثل في الذمة ولا نفوت الذمة بعدم الخارج .

قال (وإذا فسدت فالخارج لصاحب البذر) لأنه تمام ملكه واستحقاق الأجر بالتسمية وقد فسدت فبقى انتهاء كله لصاحب البذر .

قال (ولو كان البذر من قبل رب الأرض ، فللعامل أجر مثله لا يزداد على مقداره ما شرط له من الخارج) لأنه رضى بسقوط الزيادة ، وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف ورحمهما الله (وقال محمد : له أجر مثله بالغا ما بلغ) لأنه استوفى منافعه بعقد فاسد ، فتحجب عليه قيمتها إذ لا مثل لها وقد مر في الاجارات (وإن كان البذر من قبل العامل فلصاحب الأرض أجر مثل أرضه) لأنه استوفى منافع الأرض بعقد فاسد فيجب ردها ، وقد تعلو ولا مثل لها فيجب رد قيمتها وهل يزداد على ما شرط له من الخارج فهو على الخلاف الذي ذكرناه (ولو جمع بين الأرض والبقر حتى فسدت المزارعة فعلى العامل أجر مثل الأرض والبقر) هو الصحيح لأن له منخلا في الاجارة وهي إجارة معنى (وإذا استحق رب الأرض الخارج لبذره في المزارعة الفاسدة طاب له جريمه) لأن انتهاء حصل في أرض مملوكة له (وإن استحقه العامل أخذ قدر بذره وقدر أجر الأرض وتصدق بالفضل) لأن انتهاء يحصل من البذر ويخرج من الأرض وفساد الملك في منافع الأرض أوجب غيبا فيه فاسلم له جرمه طاب له وما لا عرض له تصدق به :

قال (وإذا عقدت المزارعة فلمتنع صاحب البئر من العمل لم يجر عليه) لأنه لا يمكنه
المضي في العقد إلا بضرب يلزمه فصار كما إذا استأجر أجيرا ليهدم داره (وإن امتنع القدر
ليس من قبله البئر أجبره الحاكم على العمل) لأنه لا يلحقه بالوفاء بالعقد ضرر والعقد
لأمر بمنزلة الإجارة إلا إذا كان علو يفسخ به الإجارة فيفسخ به للعقار .

قال (ولو امتنع رب الأرض والبئر من قبله وقد كرب المزارع الأرض فلا شيء له
في عمل الكراب) قيل هذا في الحكم أما فيما بينه وبين الله تعالى فيلزمه استرضاء العامل
لأنه غره في ذلك .

قال (وإذا مات أحد المتعاقدين بطلت المزارعة) اعتبارا بالإجارة وقد مر الوجه
في الإجازات ، فلو كان دفعها في ثلاث سنين فلما نبت الزرع في السنة الأولى ولم يستحصل
الزرع حتى مات رب الأرض ترك الأرض في يد المزارع حتى يستحصل الزرع ويقسم
على الشرط وتتقضى المزارعة فيما بقي من السنتين ، لأن في إبقاء العقد في السنة الأولى
مراعاة للحقين بخلاف السنة الثانية والثالثة لأنه ليس فيه ضرر للعامل فيحافظ فيها على
القباس (ولو مات رب الأرض قبل الزراعة بعد ما كرب الأرض وحفر الأنهار انتقضت
المزارعة) لأنه ليس فيه إبطال مال على المزارع (ولا شيء للعامل بمقابلته ما عمل) كما
نهى إن شاء الله تعالى (وإذا فسخت المزارعة بدين فادح لحق صاحب الأرض فاحتاج
إلى بيعها بفاح جاز) كما في الإجارة (وليس للعامل أن يطالب بما كرب الأرض وحفر
الأنهار بشيء) لأن المنافع إنما تنتمى بالعقد وهو إنما قوم بالخارج فإذا انعدم الخارج لم
يجب شيء (ولو نبت الزرع ولم يستحصل لم تبع الأرض في الدين حتى يستحصل الزرع)
لأن في البيع إبطال حق المزارع والتأخير أهون من الإبطال (ويخرجه القاضي من الحبس
إن كان حبسه بالدين) لأنه لما امتنع بيع الأرض لم يكن هو ظالما والحبس جزاء الظلم .

قال (وإذا انتقضت مدة المزارعة والزرع لم يترك كان على المزارع أجر مثل نصيبه
من الأرض إلى أن يستحصل والتفقه على الزرع عليهما على مقدار حقوقهما) معناه حتى
يستحصل ، لأن في تبقية الزرع بأجر المثل تعديل للنظر من الجانبين فيصار إليه وإنما كان
العمل عليهما لأن العقد قد انتهى بانتهاء المدة ، وهذا عمل في المال المشترك وهذا بخلافه
ما إذا مات رب الأرض والزرع بقل حيث يكون العمل فيه على العامل ، لأن هذا
لجنا العقد في مدته ، والعقد يستدعي العمل على العامل ، أما هنا العقد قد انتهى فلم

يمكن هذا إبقاء ذلك العقد فلم يختص العامل بوجوب العمل عليه (فإن أنفق أحدهما بغير إذن صاحبه وأمر القاضى فهو مملوك) لأنه لا ولاية له عليه (ولو أراد رب الأرض أن يأخذ الزرع بطلا لم يكن له ذلك) لأن فيه إضرارا بالمزارع (ولو لواد المزارع أن يأخذه بطلا قيل لصاحب الأرض أطلع الزرع فيكون يئسنا أو أعطه قبة نصيبه أو أنفق أنت على الزرع وأرجع بما تنفقه في حصة) لأن المزارع لما امتنع من العمل لا يجبر عليه ، لأن إبقاء العقد بعد وجود المنهى نظر له ، وقد ترك النظر لنفسه ورب الأرض غيره بين حله والخيارات ، لأن بكل ذلك يستدفع الضرر (ولو مات المزارع بعد نبات الزرع فقالت ورثته نحن نعمل إلى أن يستخلص الزرع وأبى رب الأرض فلهم ذلك) لأنه لا ضرر على رب الأرض (ولا أجر لهم بما عملوا) لأننا أبقينا العقد نظرا لهم ، فإن أرادوا قلع الزرع لم يجبروا على العمل لما بيننا والمالك على الخيارات الثلاثة لما بيننا .

قال (وكذلك أجرة الحصاد والرفاع والدياس والتزوية عليهما بالخصص فإن شرطاه في المزارعة على العامل فسدت) وهذا الحكم ليس بمختص بما ذكر من الصورة وهو انقضاء المدة والزرع لم يترك بل هو دام في جميع المزارعات ، ووجه ذلك أن العقد ينتهى بقتاى الزرع لحصول المقصود ، فيبقى مال مشترك بينهما ولا عقد فيجب مؤنته عليهما ، وإذا شرط في العقد ذلك ولا يقتضيه ، وفيه منفعة لأحدهما يفسد العقد كشرط الحمل أو الطحن على العامل ، وعن أبى يوسف رحمه الله : أنه يجوز إذا شرط ذلك على العامل فتعامل اجبارا بالاستمتاع وهو اختيار مشايخ بلخ . قال خمس الأئمة السرخسى : هذا هو الأصح في ديواننا .

فالحاصل : أن ما كان من عمل قبل الإدراك كالسقي والحفظ فهو على العامل وما كان منه بعد الإدراك قبل القسمة فهو عليهما في ظاهر الرواية كالخصاد والدياس وأشباههما على ما بيناه ، وما كان بعد القسمة فهو عليهما والمعاملة على قياس هذا ما كان قبل الإدراك انقضى من السقي والتقيح والحفظ فهو على العامل ، وما كان بعد الإدراك كالجداد والحفظ فهو عليهما ، ولو شرط الجداد على العامل لا يجوز بالاتفاق لأنه لا عرف فيه ، وما كان بعد القسمة فهو عليهما لأنه مال مشترك ولا عقد ، ولو شرط الحصاد في الزرع على وجه الأرض لا يجوز بالإجماع لعدم العرف فيه ، ولو لواد فصل القصيل أو جذ النتر بسرا أو القاط الرطب فذلك عليهما لأنهما أنبيا العقد لما عزموا على الفصل والجداد بسرا فصلا كما بعد الإدراك والله أعلم :

كتاب المساقاة

(قال أبو حنيفة رحمه الله : المساقاة مجزء من الثمر باطلة ، وقالا : جائزة إذا ذكر مدة معلومة ومسمى جزءا من الثمر مشاعا) والمساقاة هي المعلقة في الأشجار والكلام فيها كالسكلام في المزارعة ، وقال الشافعي رحمه الله : المعاملة جائزة ، ولا يجوز المزارعة إلا تبعا للمعاملة ، لأن الأصل في هذا المضاربة والمعاملة أشبه بها لأن فيه شركة في الزيادة دون الأصل ، وفي المزارعة لو شرطوا الشركة في الربح دون البلد بأن شرطوا دفعه من رأس الخارج تضد ، فحسبنا المعاملة أصلا وجوزنا المزارعة تبعا لما كالشرب في بيع الأرض والمثول في وقف العقار وشرط المدة قياس فيها لأنها إجارة معنى كما في المزارعة ، وفي الاستحسان إذا لم يبين المدة يجوز ويقع على أول ثمر يخرج لأن الثمر لا دراكها وقت معلوم وكلما يضاوت ويدخل فيها ما هو المتيقن وإدراك البلد في أصول الرتبة في هذا بمنزلة إدراك الثمر لأن له نهاية معلومة فلا يشترط بيان المدة ، بخلاف الزرع لأن إقامته يختلف كثيرا خريفا وصيفا وريبا والانتفاء بناء عليه فخطه الجهالة ، وبخلاف ما إذا دفع إليه ثمنا قد حلق ولم يبلغ الثمر معلومة حيث لا يجوز إلا ببيان المدة لأنه يضاوت بقوة الأراضي وضعفها تفاوتا فاحشا ، وبخلاف ما إذا دفع نخيلا أو أصول رتبة على أن يقوم عليها لو أطلق في الرتبة تضد المعاملة لأنه ليس لذلك نهاية معلومة لأنها تنمو ما تركت في الأرض فجهلت المدة .

قال (ويشترط تسوية الجزء مشاعا) لما بينا في المزارعة إذ شرط جزء معين يقطع الشركة . قال (فإن سما في المدة وقتا يعلم أنه لا يخرج الثمر فيها فسدت المعلقة) فتوات المقصود وهو الشركة في الخارج .

قال (ولو سما مدة قد يبلغ الثمر فيها وقد يتأخر عنها جازت) لأنها لا تيقن يضاوت المقصود .

قال (ثم لو خرج في الوقت المسمى فهو على الشركة) لصحة العقد . قال (وإن تأخر للمعامل أجر المال) فساد العقد لأنه تبين انقطاع في المدة المسماة فصار كما إذا علم ذلك في الابتداء بخلاف ما إذا لم يخرج أصلا لأن الذهاب بأكثر من اثنين فساد للمدة فهي العقد صحيحا ولا شيء لكل واحد منهما على صاحبه .

قال (ويجوز المساقاة في النخل والشجر والكرم والرطاب وأصول الباذنجان) وقال الشافعي رحمه الله في الجديد : لا يجوز إلا في التكرم والنخل لأن جوازها بالآثر وقد خصهما وهو حديث خير . ولنا أن الجواز للحاجة وقد عمت ، وآثر غير لا يخصهما لأن أهلها كانوا يملكون في الأشجار والرطاب أيضا ولو كان كما زعم فالأصل في النصوص أن تكون معلولة سببا على أصله .

قال (وليس لصاحب الكرم أن يخرج العامل من غير عذر) لأنه لا ضرر عليه في الوفاء بالمقد .

قال (وكذا ليس للعامل أن يترك العمل بغير عذر) بخلاف المزارعة بالاضافة إلى صاحب البئر على ما قلناه .

قال (فإن دفع تخلا فيه تمر مساقاة ، التمر يزيد بالعمل جاز وإن كانت قد انتهت لم يجز) وكذا على هذا إذا دفع الزرع وهو بقل جاز ولو استحصد وأدرك لم يجز لأن العامل إنما يستحق بالعمل ولا أثر للعمل بعد التناهي والامراك ، فلو جوزناه لكان استحقاقا بغير عمل ولم يرد به الشرع بخلاف ما قبل ذلك لتحقق الحاجة إلى العمل .

قال (وإذا فسدت المساقاة فلعامل أجر مثله) لأنه في معنى الإجارة القاسمة وصار كالمزارعة إذا فسدت .

قال (وتبطل المساقاة بالموت) لأنها في معنى الإجارة وقد بيناه فيها ، فإن مات رب الأرض والخارج بسر فلعامل أن يقوم عليه كما كان يقوم قبل ذلك إلى أن يترك التمر وإن كره ذلك وزنة رب الأرض استحسانا فيبقى العقد دفعا للضرر عنه ولا ضرر فيه على الآخر .

قال (ولو ألزم العامل الضرر يتخير ورثة الآخر بين أن يقسموا البسر على الشرط وبين أن يعطوه قيمة نصيبه من البسر) وبين أن يتفقوا على البسر حتى يبلغ فيرجعوا بذلك في حصة العامل من التمر) لأنه ليس له إلحاق الضرر بهم وقد بينا نظيره في المزارعة .
قال (ولو مات العامل فثورته أن يقوموا عليه وإن كره رب الأرض) لأن فيه النظر من الجانبين .

قال (فإن أزدادوا أن يصرموه بسرا كان صاحب الأرض بين الخيلوات الثلاثة)
على ما قلناه :

• قال (وإن ماتا جميعا فالخيار لورثة العامل) بقيامهم مقامه ، وهذا خلافه في حق حالي وهو ترك الثمار على الأشجار إلى وقت الإدراك لا أن يكون وارثه في الخيار :
قال (فإن أبي ورثة العامل أن يقوموا عليه كان الخيار في ذلك لورثة رب الأرض) على ما وصفنا .

قال (وإذا انقضت مدة المعاملة والخارج بسر أغضر ، فهذا الأول سواء للعامل أن يقوم عليها إلى أن يدرك لكن بغير أجر) لأن الشجر لا يجوز استجاره بخلاف المزارعة في هذا لأن الأرض يجوز استجارها وكذلك العمل كله على العامل ههنا وفي المزارعة في هذا عليهما لأنه لما وجب أجر مثل الأرض بعد انتهاء المدة على العامل لا يستحق عليه العمل وههنا لا أجر فجاز أن يستحق العمل كما يستحق قبل انتهائها :

قال (وتفسخ بالأعذار) لما بينا في الاجارات ، وقد بينا وجوه العذر فيها ومن جلتها أن يكون العامل سارقا يخاف عليه سرقة السقف والثمر قبل الإدراك لأنه يلزم صاحب الأرض ضررا لم يلزمه فتفسخ به ، ومنها مرض العامل إذا كان يضره عن العمل ، لأن في إلزامه استئجار الأجراء زيادة ضرر عليه ولم يلزمه فيجعل ذلك علوا ، ولو أراد العامل ترك ذلك العمل هل يكون علوا ؟ فيه روايتان : وتأويل أحدهما أن يشترط العمل بيده فيكون علوا من جهته .

قال (ومن دفع أرضا بيضاء إلى رجل سثن معلومة بغرس فيها شجرا على أن تكون الأرض والشجر بين رب الأرض والغراس نصفين لم يميز ذلك) لاشتراط الشركة بما كان حاصلا قبل الشركة لا بعمله .

قال (وجميع الثمر والغراس لرب الأرض والغراس قيمة غرسه وأجر مثله فيما عمل) لأنه في معنى تقبيل الطحان إذ هو استئجار بعض ما يخرج من عمله وهو نصف البستان فيفسد وتعثر رد الغراس لا تصالها بالأرض فيجب قيمتها وأجر مثله ، لأنه لا يدخل في قيمة الغراس لتقومها بنفسها وفي تخريبها طريق آخر بيناه في كفاية المنتهى ، وهذا أصحها والله أعلم .

كتاب الذبائح

قال (الذكاة شرط حل الذبيحة) لقوله تعالى - إلا ما ذكيتم - ولأن بها يتميز اللحم
التجسس من اللحم الطاهر وكما يثبت به الحل يثبت به الطهارة في المأكول وغيره فلأنها تأتي عنها ،
ومنه قوله عليه الصلاة والسلام : ذكاة الأرض يسبها ، وهي اختيارية كالجروح فيما بين الية
والحميين واضطرارية وهي الجرح في أى موضع كان من البدن والثاني كالبدن من الأول
لأنه لا يضر إله إلا عند العجز عن الأول ، وهذا آية البديلة ، وهذا لأن الأول أحمل في
إخراج اللحم والثاني أنصر فيه فاكنتى به عند العجز عن الأول إذ التكليف بحسب الوسع
ومن شرطه : أن يكون الذابيح صاحب ملة التوحيد إما اعتقادا كالسلم أو دعوى كالكتابي
وأن يكون حلالا بخارج الحرم على ما نيت إن شاء الله تعالى :

قال (وذبيحة المسلم والكتابي حلال) لما تلونا ، وقوله تعالى - وطعام الذين أوتوا
الكتاب حل لكم - وهل إذا كان يقتل التسمية والذبيحة وضبط وإن كان صيبا أو
جهونا أو امرأة ، أما إذا كان لا يضبط ولا يقتل التسمية ، فالذبيحة لا تحل لأن التسمية
على الذبيحة شرط بالنسب وذلك بالتمسك بوجه التصد بما ذكرنا ، والألف والمختون سواء
لما ذكرنا وإطلاق الكتابي ينظم الكتابي والذي والحربي والعربي والتغلي لأن الشرط
قيام الله على ماله

قال (ولا تؤكل ذبيحة اليهودي) لقوله عليه الصلاة والسلام : سواهم سنة أهل
الكتاب غيرنا كحي سائهم ولا آكل ذبائحهم ، ولأنه لا يدمى التوحيد فانتمت الملة
اعقادا ودعوى .

قال (والمرد) لأنه لامة له فاته لا يقر على ما انتقل إليه بخلاف الكتابي إذا عمر
لغيره فانه يقر عليه عندنا فيجبر ما هو عليه عند الذبح لا ما قبله .
قال (والرثى) لأنه لا يحصد الله .

قال (والمهرم) يعنى من الصيد (وكذا لا يؤكل ما ذبىح في الحرم من الصيد
والإطلاق في الحرم ينظم الحل والحرم والذبح في الحرم يستوى فيه الحلال والمهرم وما
لأن الذكاة فعل مشروع وهذا الصنيع محرم فلم تكن ذكاة بخلاف ما إذا ذبح الحرم

الصبيد لو ذبح في الحرم غير الصيد صح لأنه فعل مشروع إذ الحرم لا يؤمن الشاة وكذا لا يحرم ذبحه على الحرم .

قال (وإن ترك الذابح التسمية عمدا فالذبيحة ميتة لا تؤكل وإن تركها ناسيا أكل) وقال الشافعي رحمه الله أكل في الوجهين ، وقال مالك رحمه الله : لا يؤكل في الوجهين والمسلم والكتاب في ترك التسمية سواء وعلى هذا الخلاف إذا ترك التسمية عند إرسال البازي والكلب وعند الرمي ، وهذا القول من الشافعي رحمه الله مخالف للإجماع فإنه لا خلاف فيمن كان قبله في حرمة متروك التسمية حامدا وإنما الخلاف بينهم في متروك التسمية ناسيا ، فمن مذهبه ابن عمر رضي الله عنهما أنه يحرم ومن مذهب علي وابن عباس رضي الله عنهما أنه يحل ، بخلاف متروك التسمية حامدا ، ولهذا قال أبو يوسف والشافعي رحمه الله : إن متروك التسمية حامدا لا يسع فيه الاجتهاد ، ولو قضى القاضي بجواز بيعه لا ينفذ لكونه مخالفا للإجماع ، له قوله عليه الصلاة والسلام « المسلم يذبح على اسم الله تعالى مسمى أو لم يسم » ولأن التسمية لو كانت شرطا للحل لما سقطت بعذر النسيان كالطهارة في باب الصلاة ، ولو كانت شرطا فللمة أقيمت مقامها كما في الناسي . ولنا الكتاب وهو قوله تعالى - ولا تأكلوا مما لم يذكر اسم الله عليه - الآية نهى وهو التحريم والإجماع وهو ما بينا والسنة وهو حديث عدي بن حاتم الطائي رضي الله عنه فإنه عليه الصلاة والسلام قال في آخره « فلذلك إنما سميت على كليلك ولم تسم على كلب غيرك » علة الحرمة بترك التسمية ومالك رحمه الله يحتاج بظاهر ما ذكرنا إذ لا فصل فيه ، ولكننا نقول في اعتبار ذلك من الحرج ما لا يخفى ، لأن الإنسان كثير النسيان والحرج مدفوع والسمع غير محرم على ظاهره ، إذ لو أريد به جرت الحاجة وظهر الاتقياد وارتفع الخلاف في الصدر الأول والإقامة في حق الناسي ، وهو معذور لا يدل عليها في حق العامد ولا غير ، ما رواه محمود على حالة النسيان ، ثم التسمية في ذكاة الاختيار تشترط عند الذبح وهي على المذبح وفي الصيد تشترط عند الإرسال والرمي وهي على الآلة لأن المقدور له في الأول : الذبح وفي الثاني : الرمي والإرسال دون الإصابة ، فتشترط عند فعل يقدر عليه ، حتى إذا اضجع شاة ومسمى ، فذبح غيرها بتلك التسمية لا يجوز ، ولو رمى إلى صيد ومسمى وأصاب غيره حل وكذا في الإرسال ، ولو اضطلع شاة ومسمى ثم رمى بالشفرة وذبح بالآخرى أكل ولو مسمى على سهم ثم رمى بغيره صيدا لا يؤكل .

قال (ويكره أن يذكر مع اسم الله تعالى شيئا غيره وأن يقول عند الذبح : اللهم تقبل من فلان) وهذه ثلاث مسائل :

إحداها : أن يذكر موصولا لا مقطوفا فيكره ولا تحرم الذبيحة . وهو المراد بما قال ونظيره أن يقول : بسم الله محمد رسول الله ، لأن الشركة لم توجد ، فلم يكن الذبح واقعا له إلا أنه يكره لوجود القرآن صورة فيتصور بصورة المحرم .

والثانية : أن يذكر موصولا على وجه اللطف والشركة بأن يقول بسم الله واسم فلان أو يقول بسم الله وفلان أو بسم الله ومحمد رسول الله بكسر الدال فتحرم الذبيحة لأنه أهل به لله .

والثالثة : أن يقول مفصولا عنه صورة ومعنى بأن يقول قل التسمية وقبل أن يضجع للذبيحة أو بعده ، وهذا لا بأس به لما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال بعد الذبح : اللهم تقبل هذه عن أمة محمد ممن شهد لك بالوحدانية ولى بالبلاغ والشرط هو المذكور الخالص المبرود على ما قال ابن مسعود رضى الله عنه : جردوا التسمية حتى لو قال عند الذبح : اللهم اغفر لى لا يجل لأنه دعاء وسؤال ، ولو قال : الحمد لله أوسبحان الله يريد التسمية حل ، ولو طس عند الذبح فقال : الحمد لله لا يجل فى أصح الروايتين لأنه يريد به الحمد على نعمه دون التسمية وما تداولته الألسن عند الذبح ، وهو قوله : بسم الله والله أكبر مقول عن ابن عباس رضى الله عنهما فى قوله تعالى - فاذكروا اسم الله عليها صواته - .

قال (والذبح بين الحلق واللبة) وفى الجامع الصغير : لا بأس بالذبح فى الحلق كله وسطه وأعلى وأسفله ، والأصل فيه قوله عليه الصلاة والسلام « الذكاة ما بين البة والحين » ولأنه جميع المجرى والبرق فيحصل بالفصل فيه إتيان الدم على أبلغ الوجوه فكان حكم الكل سواء .

قال (والبرق الذى تلتعق فى الذكاة أربعة : الحلقوم والمرى والودجان) لقوله عليه الصلاة والسلام « أفر الأوداج بما شئت » وهى اسم جمع وأقله الثلاث فيتناول المرى والودجين وهو حجة على الشافى فى الاكتفاء بالحلقوم والمرى إلا أنه لا يمكن قطع هذه الثلاثة إلا بقطع الحلقوم فيثبت قطع الحلقوم باقتضائه ويظهر ما ذكرنا يوجب مالك رحمه الله ولا يجوز الأكثر منها بل يشترط قطع جميعها (وعندنا إن قطعها حل الأكل وإن قطع

أكثرها فكل ذلك عند أبي حنيفة رحمه الله (وقال لا بد من قطع الحلقوم والمرئ والمريء واحد
الودجين . قال رضى الله عنه : هكذا ذكر القدوري رحمه الله الاختلاف في مختصره ،
والمشهور في كتب مشايخنا رحمهم الله أن هذا قول أبي يوسف رحمه الله وحده :

وقال في الجامع الصغير : إن قطع نصف الحلقوم ونصف الأوداج لم يؤكل وإن قطع
أكثر الأوداج والحلقوم قبل أن يموت أكل ولم يحك خلافا فاختلفت الرواية فيه .

والحاصل : أن عند أبي حنيفة رحمه الله إذا قطع الثلاث أى ثلاث كان يحل وبه كان
يقول أبو يوسف لولا ثم رجع إلى ما ذكرنا . وعن محمد رحمه الله أنه يعتبر أكثر كل فرد
وهو رواية عن أبي حنيفة رحمه الله لأن كل فرد منها أصل بنفسه لافصاله عن غيره
ولورود الأمر بغيره فيعتبر أكثر كل فرد منها . ولأبي يوسف رحمه الله : أن المقصود
من قطع الودجين إنهار الدم فينوب أحدهما عن الآخر إذ كل واحد منهما مجرى الدم .

أما الحلقوم فيخالف المرئ فإنه مجرى العلف والماء ، والمرئ مجرى النفس فلا بد
من قطعهما ، ولأبي حنيفة رحمه الله أن الأكثر يقوم مقام الكل في كثير من الأحكام
وأي ثلاث قطعها فقد قطع الأكثر منها وما هو المقصود يحصل بها وهو إنهار الدم
المفروح والتوحية في إخراج الروح لأنه لا يجيا بعد قطع مجرى النفس أو الطعام ويخرج
الدم بقطع أحد الودجين فيكتفى به تحمزا عن زيادة التعذيب ، بخلاف ما إذا قطع النصف
لأن الأكثر باق فكأنه لم يقطع شيئا احتياطا لجانب الحرمة .

قال (ويموز الذبج بالظفر والسن والقرن إذا كان مزوعا حتى لا يكون بأكله بأس
إلا أنه يكره هذا الذبج) وقال الشافعي رحمه الله : المذبوح ميتة لقوله عليه الصلاة والسلام
« كل ما أنهر الدم وأفرى الأوداج ما خلا الظفر والسن فإنهما مدى الحبشة » ولأنه فعل
غير مشروع ، فلا يكون ذكاة كما إذا ذبح بغير المزروع . ولنا قوله عليه الصلاة والسلام
« أنهر الدم بما شئت » . ويروى « أفر الأوداج بما شئت » وما رواه محمود على غير
المزروع فإن الحبشة كانوا يفعلون ذلك ؛ ولأنه آلة جارحة فيحصل به ما هو المقصود ،
وهو إخراج الدم وصار كالحجر والحديد ، بخلاف غير المزروع لأنه يقتل بالثقل فيكون
في معنى المنخففة ، وإنما يكره لأن فيه استعمال جزء الآدمي ولأن فيه إصصارا على الحيوان ،
وقد أمرنا فيه بالإحسان .

قال (ويموز الذبج بالليطة والمروءة وكل شيء أنهر الدم إلا السن القانم والظفر القانم)

إنَّ للبرص بهما مئة لما بينا ، ونص محمد رحمه الله في الجامع الصغير على أنها مئة لأنه وجد فيه نصاً ، وما لم يجد فيه نصاً يحفظ في ذلك فيقول في الحل لا بأس به وفي الحرمة يقول يكره أو لم يؤكل .

قال (ويستحب أن يجد القبايع شفرته) لقوله عليه الصلاة والسلام « إن الله كتب الإحسان على كل شيء » فإذا قتلتم فأحسنوا القتل وإذا ذبحتم فأحسنوا الذبح وليحد أحدكم شفرته وليرح ذبيحته ، ويكره أن يضجها ثم يجد الشفرة . لما روى عن النبي عليه الصلاة والسلام أنه رأى رجلاً أضجع شاة وهو يجد شفرته فقال « لقد أردت أن تميتها موتات هلا حلتها قبل أن تضجها » .

قال (ومن بلغ بالسكين النخاع أو قطع الرأس كره له ذلك وتوكل ذبيحته) وفي بعض النسخ : قطع مكان بلغ ، والنخاع حرق أبيض في عظم الرقبة : أما الكراهة فلما روى عن النبي عليه الصلاة والسلام : أنه نهى أن تنزع الشاة إذا ذبحت ، وتضميره ما ذكرناه ، وقيل معناه أن يجد رأسه حتى يظهر مذبحة ، وقيل أن يكسر عقه قبل أن يسكن من الاضطراب ، وكل ذلك مكروه وهذا لأن في جميع ذلك وفي قطع الرأس زيادة لتعليب الطيور بلا فائدة وهو منهى عنه .

والحاصل : أن ما فيه زيادة لإيلاج لا يحتاج إليه في الذكاة مكروه . ويكره أن يمر ما يريد ذبحه برجله إلى المنهبع وأن تنزع الشاة قبل أن تبرد ، يعني تسكن من الاضطراب وبعد لا لم فلا يكره النسخ والسلخ إلا أن الكراهة لمعنى زائد وهو زيادة الألم قبل الذبح أو بعده فلا يوجب التحريم فلهذا قال توكل ذبيحته .

قال (وإن ذبح الشاة من قفاها فبقيت حية حتى قطع العروق حل) لتحقق الموت بما هو ذكاة ويكره لأن فيه زيادة الألم من غير حاجة فصار كما إذا جرحها ثم قطع الأوداج (وإن ماتت قبل قطع العروق لم تؤكل) لوجود الموت بما ليس بذكاة فيها .

قال (وما استأنس من الصيد فذكاته للذبيح وما توحش من النعم فذكاته للغير والجرح) لأن ذكاة الاضطراب إنما يصار إليه عند المجز من ذكاة الاختيار على ما مر ، والمجز متحقق في الوجه الثاني دون الأول (وكذا ما تردى من النعم في بئر ووقع المجز هو ذكاة الاختيار) لما بينا وقال مالك رحمه الله : لا يحل بذكاة الاضطراب في الوجهين

لأن ذلك نادر ، ونحن نقول المحبر حقيقة العجز وقد تحقق فيصار إلى البذل ، كيف وأنا
لا نسلم الندوة بل هو غالب وفي الكتاب أطلق فيها توحش من النعم ، وعن محمد رحمه
الله : أن الشاة إذا نذت في الصخراء ، فذكاتها الحرة وإن نذت في المصر لا تحمل بالحر
لأنها لا تدفع عن نفسها فيمكن أخلها في المصر فلا عجز والمصر وغيره سواء في البقر
والبحير لأنها يدفعان على أنفسهما فلا يقدر على أخلهما ، وإن نذت في المصر فيحقق
العجز ، والصيل كالند إذا كان لا يقدر على أخله حتى لو قتله المصول عليه ، وهو يريد
الذكاة حل أكله .

قال (والمستحب في الإبل النحر فإن ذبحها جاز ويكره ، والمستحب في البقر والغنم
الذبح فإن نحرهما جاز ويكره) أما الاستحباب للمواقة السنة للمواقة ، ولا جناح العروق
فيها في النحر وفيها في المذبح والكرامة لمواقة السنة ، وهي لحق في غيره فلا تمنع
الجواز والحل خلافا لما يقوله مالك رحمه الله أنه لا يحمل .

قال (ومن نحر ناقة أو ذبح بقرة فوجد في بطنها جنيها ميتا لم يؤكل أشعر أو لم يشعر)
وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله ، وهو قول زفر والحسن بن زياد رحمه الله . وقال
أبو يوسف ومحمد رحمه الله إذا تم خلقه أكل ، وهو قول الشافعي رحمه الله لقوله عليه
السلام « ذكاة الجنين ذكاة أمه » ولأنه جزء من الأم حقيقة لأنه متصل بها حتى
يفصل بالمقراض ، ويتنذى بغذائها ويتنفس بنفسها وكلها حكا حتى يتصل في البيع
الوارد على الأم ويعتق باعنائها ، وإذا كان جزءا منها فالجرح في الأم ذكاة له عند العجز
عن ذكاته كما في الصيد وله أنه أصل في الحياة حتى تصور حياته بعد موتها ، وعند ذلك
يغرد بالذكاة ولهذا يغرد بإيجاب الفرة ويعتق باعنائها مضاف إليه ، وتصح الوصية له وبه
وهو حيوان دموى ، وما هو المقصود من الذكاة وهو الميز بين الدم واللحم لا يتحصل
بجرح الأم ، إذ هو ليس بسبب لخروج الدم عنه فلا يحمل تبعاً في حقه بخلاف الجرح في
الصيد لأنه سبب لخروجه فانهما في مقام مقام الكامل فيه عند الصلوة وإنما يدخل في البيع
نحرها لجوازها كيلا يفسد باستئثاره ويعتق باعنائها كيلا يفصل من الحرية وله تحقيق .

فصل فيما يحل أكله وما لا يحل

قال (ولا يجوز أكل ذى ناب من السباع ولا ذى غلب من الطيور) لأن النبي عليه
السلام نهى عن أكل كل ذي غلب من الطيور ، وكل ذى ناب من السباع ،

وقوله من السباع ذكر عقب النوعين ، فينصرف إليهما فيتناول سباع الطيور والبهائم لا كل ماله غلب أو نغب ، والسبع كل مختلف مبتهب جارح قاتل عاد عادة ، ومعنى التحريم والله أعلم : كرامة بنى آدم كيلا يعمدوا من هذه الأوصاف الغنيمة إليهم بالأكل ويدخل فيه الضبع والقطب . فيكون الحديث حجة على الشافعي في إباحتهما والفيل ذو نغب فيكره ، والبريوع وابن عرس من السباع الحوام ، وكرهوا أكل الرخم والبغاث . لأنهما يأكلان الجيف .

قال (ولا بأس بغراب الزرع) لأنه يأكل الحب ولا يأكل الجيف وليس من سباع الطير .

قال (ولا يؤكل الأبقع الذي يأكل الجيف وكلها الفداف . وقال أبو حنيفة رحمة الله : لا بأس بأكل الضفد) لأنه يخلط فأنشبه النجاسة ، وعن أبي يوسف أنه يكره لأن غالب أكله الجيف .

قال (ويكره أكل الضبع والضب والسلحفاة والزنبور والحشرات كلها) أما الضبع فلما ذكرنا وأما الضب فلأن النبي عليه الصلاة والسلام نهى عائشة رضي الله عنها حين سأله عن أكله وهي حجة على الشافعي وإباحته ، والزنبور من المؤذيات ، والسلحفاة من خبائث الحشرات ، ولهذا لا يجب على المحرم بقتله شيء ، وإنما تكره الحشرات كلها استعدالا بالضب لأنه منها .

قال (ولا يجوز أكل الحمر الأهلية والبغال) لما روى خالد بن الوليد رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وآله وسلم نهى عن لحوم الخيل والبغال والحمير ، وعن علي رضي الله عنه أن النبي عليه الصلاة والسلام أهدر المنة وحرم لحوم الحمر الأهلية يوم خيبر : قال (ويكره لحم الغرير عند أبي حنيفة رحمة الله) وهو قول مالك . وقال أبو يوسف وهمد والشافعي رحمهم الله : لا بأس بأكله لحديث جابر رضي الله عنه أنه قال : نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن لحوم الحمر الأهلية وأذن في لحوم الخيل يوم خيبر ، ولأبي حنيفة رحمه الله قوله تعالى - وانلئل والبغال والحمير لتركبوها وزينة - خرج فخرج الامتنان والأكل مع أعلى مناقبها والحكيم لا يترك الامتنان بأعلى النعم ويمتن بأدناها ، والله آية لإرهاب العبد فيكره أكله احتراما له ، ولهذا يضرب له بهم في الغنيمة ، ولأن في إباحته قليل آلة الجهاد ، وحديث جابر مخرى بحيث يحلل خالد رضي الله عنه والرجح

للمحرم . ثم قيل الكراهة عليه كراهة تحريم ، وقيل كراهة تنزيه والأول أصح ، ولما لم يه
قد قيل لأبأس به لأنه ليس في شربه تقليل آلة الجهاد .

قال (ولأبأس بأكل الأرنب) لأن النبي عليه الصلاة والسلام أكل منه حين أهدى إليه
مشويا وأمر أصحابه رضى الله عنهم بالأكل منه ، ولأنه ليس من السباع ولا من أكلة الجيف
فأشبهه الطهي .

قال (وإذا ذبح ما لا يؤكل لحمه طهر جلده ولحمه إلا الآدى والخنزير) فإن الذكاة
لا تصل فيها . أما الآدى فمحرمه وكرامته والخنزير لنجاسته كما في الدباغ . وقال الشافعي
رحمه الله : الذكاة لا تؤثر في جميع ذلك لأنه لا يؤثر في إباحة اللحم أصلا وفي طهارته وطهارة
الجلد تبعاً ولا تبعد عن الأصل وصار كلبيح الجبوسى : ولنا أن الذكاة مؤثرة في إزالة
الوطيات والنماء السيالة ؛ وهى النجسة دون ذات الجلد واللحم فإذا زالت طهر كما
في الدباغ ، وهذا الحكم مقصود في الجلد كالتناول في اللحم ، وقيل الجبوسى إمارة في الشرح
فلا بد من الدباغ ، وكما يظهر لحمه يظهر شحمه حتى لو وقع في الماء القليل لا يفسده بخلاف
له . وهل يجوز الانتضاح به في غير الأكل ؟ قيل لا يجوز اعتباراً بالأكل ، وقيل : يجوز
كالزيت إذا خالطه ودك الميتة ، والزيت غالب لا يؤكل وينتفع به في غير الأكل .

قال (ولا يؤكل من حيوان الماء إلا السمك) وقال مالك رحمه الله وجماعة من أهل
العلم باطلاق جميع ما في البحر ، واستثنى بعضهم الخنزير والكلب والإنسان ، وعن
الشافعي رحمه الله أنه أطلق ذلك كله ، والخلاف في الأكل والبيع واحد ، لم قوله تعالى
- أحل لكم صيد البحر - من غير فصل وقوله عليه الصلاة والسلام في البحر هو الطهور ماؤه
والحل ميتته ، ولأنه لادم في هذه الأشياء إذ النوى لا يسكن الماء ، والمحرم هو الدم فأشبهه
السمك . قلنا قوله تعالى - ويحرم عليهم الخبائث - وما سوى السمك خبيث ، ونهى
رسول الله عليه الصلاة والسلام عن دواء يتخذ فيه الضفدع ونهى عن بيع السرطان ،
والصيد المذكور فيما لا يعمل على الاصطياد وهو مباح فيما لا يعمل ، والميتة المذكورة فيما روى
عمولة على السمك وهو حلال نستثنى من ذلك لقوله عليه الصلاة والسلام « أحلت لنا
ميتتان وحمان أما الميتتان فالسمك والجراد وأما الحمان فالكبد والطحال » :

قال (ويكره أكل الطافي منه) وقال مالك والشافعي رحمه الله : لأبأس به لإطلاق
ملوئها ولأن ميتة البحر موصوفة بالحل بالحديث . ولنا ملوئ جابر رضى الله عنه عن النبي

عليه الصلاة والسلام أنه قال : ماتصب عنه الماء فكلوا وما لبظ الماء فكلوا وما طفا فلا تأكلوا ، وعن جماعة من الصحابة مثل ملحبتاء وميتة البحر ماقتله البحر ليعز من موته مضافا إلى البحر لامتات فيه من غير آفة .

قال (ولا بأس بأكل الجربث والرمال وأنواع السمك والجراد بلا ذكاة) وقال مالك رحمه الله : لا يجل الجراد إلا أن يقطع الأعد رأسه أو يثوبه لأنه عهد البر ، ولهذا يجب على المحرم بقته جزء يليق به فلا يجل إلا بالقتل كما في سائرته والحسبة عليه ما روي ، ومثل على دعى الله عنه عن الجراد يأخذه الرجل من الأرض ولها الميت وغيره ، فقال كله كله ، وهذا حد من نصاحته ودل على إباحته وإن مات حتف أنفه . بخلاف السمك إذا ملئت من غير آفة لأنها مخصصة بالنفس الواردة في الطاق ، ثم الأصل في السمك حلتا أنه إذا مات بآفة يجل كالخوخ ، وإذا مات حتف أنفه من غير آفة لا يجل كالطافق وتنسحب عليه فروج كحمية يئناها في كفاية المتشهي ، وعند التأمل يقف المبرز حليا : منها إذا قطع بعضها فلت يجل أكل ما بين وما بقي لأن موته بآفة وما أبين من الحى وإن كان ميتا فيك حلال وفي الموت بالحر والبرد روايتان ، والله أعلم بالصواب .

كتاب الأضحية

قال (الأضحية واجبة على كل حر مسلم مقيم موصر في يوم الأضحية عن نفسه وعن ربه الصلار) أما الوجوب فنقول أبو حنيفة ومحمد وزفر والحسن وأحمد الروابطين عن أبي يوسف رحمه الله ، وجه أنها سنة ذكره في الجوامع وهو قول الشافعي رحمه الله ، وذكر الطحاوي رحمه الله أن على قول أبي حنيفة رحمه الله واجبة ، وعلى قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله سنة مؤكدة ، وهكذا ذكر بعض المشايخ الاختلاف ، وجه السنة قوله عليه الصلاة والسلام : من أراد أن يضحي منكم فلا يأخذ من شعره وأظفاره شيئا ، والصلح بالإرادة ينافي الوجوب ولأنها لو كانت واجبة على التميم لوجب على المسافر لأبهما لا يفتقدان في الوطائف المالية كالذكاة وصار كالنمرة ، ووجه الوجوب قوله عليه الصلاة والسلام : ومن حجه سنة ولم يضح فلا يقرن صلاتا ، ومثل هذا الوحيد لا يلحق بترك غير الواجب ولأنها قرينة بغيرها ولأنها ، يقال يوم الأضحية وذلك يؤذن بالوجوب ، لأن الإضاعة فلا يخصص وهو بالوجود ، والوجوب هو المقضى إلى الوجود بظاهره بالنظر إلى المجلس ، غير

أن الأداء ينقص بأسباب يشق على المسافر استحغارها ، ويفوت بمضى الوقت فلا تجب عليه بمنزلة الجمعة ، والمراد بالإرادة فيما روى والله أعلم ما هو ضد السهو لا التخيير ، والتخيرة مفسوخة ، وهي شاة تقام في رجب على ما قبل ، وإنما اختص الوجوب بالحربة لأنها وظيفة مالية لا تتأدى إلا بالملك ، والمالك هو الحر ، وبالإسلام لكونها قرية ، وبالإقامة لما بيننا ، واليسار لما رويناه من اشتراط السعة ومقداره ما يجب به صدقة الفطر ، وقد مر في الصوم والوقت وهو يوم الأضحية لأنها مختصة به ، وسنين مقداره إن شاء الله تعالى وتجب عن نفسه لأنه أصل في الوجوب عليه على ما بيناه وعن ولده الصغير لأنه في معنى نفسه فيلحق به كما في صدقة الفطر وهذه رواية الحسن عن أبي حنيفة رحمهما الله ، وروى عنه أنه لا تجب عن ولده وهو ظاهر الرواية بخلاف صدقة الفطر لأن السبب هناك رأس يعمه ويلى عليه وما موجودان في الصغير وهذه قرية محضة ، والأصل في القرب أن لا تجب على الغير بسبب الغير ، ولهذا لا تجب عن عبده وإن كان يجب عنه صدقة فطره ، وإن كان للصغير مال يضحى عنه أبوه أو وصيه من ماله عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله .

وقال محمد وزفر والشافعي رحمهم الله : يضحى من مال نفسه لامن مال الصغير فاختلاف في هذا كاختلاف في صدقة الفطر ، وقيل لا يجوز التضحية من مال الصغير في قولهم جميعا لأن هذه القرية تتأدى بالإراقة والصدقة بعدما تطوع ، ولا يجوز ذلك من مال الصغير ولا يمكنه أن يأكل كله ، والأصح أن يضحى من ماله ويأكل منه ما أمكنه ويبتاع مما بقي ما ينتفع بعينه .

قال (ويذبح عن كل واحد منهم شاة أو يذبح بقرة أو بدنه عن سبعة) والقياس أن لا يجوز إلا عن واحد لأن الإراقة واحدة وهي القرية إلا أنا تركناه بالأثر ، وهو ما روى عن جابر رضي الله عنه أنه قال : نحرنا مع رسول الله عليه الصلاة والسلام البقرة عن سبعة والبدنة عن سبعة . ولانص في الشاة فبقي على أصل القياس ، ونجوز عن خمسة أو ستة أو ثلاثة ذكره محمد رحمه الله في الأصل ، لأنه لما جاز عن سبعة نعمن دونهم أولى ، ولا يجوز عن ثمانية أخذا بالقياس فيما لانص فيه ، وكذا إذا كان نصيب أحدهم أقل من السبع ، ولا يجوز عن الكل لاعدام وصف القرية في البعض ، وسنبيعه من بعد إن شاء الله تعالى .

وقال مالك رحمه الله : يجوز عن أهل بيت واحد وإن كانوا أكثر من سبعة ولا يجوز عن أهل بيتين وإن كانوا أقل منها لقوله عليه الصلاة والسلام : على كل أهل بيت في كل عام

أضحية وعتيرة ، قلنا المراد منه والله أعلم قيم أهل البيت لأن اليسار له يؤيده ما بروى
على كل مسلم في كل عام أضحية وعتيرة ، ولو كانت البدنة بين اثنين نصفين تجوز في
الأضحية لأنه لما جاز ثلاثة الأسباع جاز نصف الصبح تبعاله ، وإذا جاز على الشراكة
فقسمة اللحم بالوزن لأنه موزون ، ولو اقتسموا جزأفا لا يجوز إلا إذا كان معه شيء من
الأكل أو جلد أو جلد اعتبار بالبيع .

قال (ولو اشترى بقرة يريد أن يضحي بها عن نفسه ثم اشترك فيها ستة معه جاز
استحصانا) وفي القياس لا يجوز وهو قول زفر لأنه أمدها للقرية فيمنع عن بيعها محولا
والاشتراك هذه صفة ، وجه الاستحسان أنه قد يجد بقرة سميعة يشتريها ولا يظفر
بالشركاء وقت البيع وإنما يطلبهم بعده فكانت الحاجة إليه ماسة فجوزناه دفعا للحرج وقد
أمكن ، لأن بالشراء للتضحية لا يمنع البيع ، والأحسن أن يجعل ذلك قبل الشراء ليكون
أبعد عن الخلاف وعن صورة الرجوع في القرية ، وعن أبي حنيفة رحمه الله أنه يكره
الاشتراك بعد الشراء لما بينا .

قال (وليس على الفقير والمسافر أضحية) لما بينا وأبو بكر وعمر رضي الله عنهما
كانتا لا يضحيان إذا كانا مسافرين ، وعن علي رضي الله عنه ليس على المسافر جمعه
ولا أضحية .

قال (ووقت الأضحية يدخل بطلوع الفجر من يوم النحر إلا أنه لا يجوز لأهل
الأمصار الذبح حتى يصلي الإمام العبد فأما أهل البوادي فيذبحون بعد المجر) والأصل
فيه قوله عليه الصلاة والسلام : من ذبح قبل الصلاة فليعد ذبيحته ومن ذبح بعد الصلاة
قد قدم نسكه وأصاب سنة المسلمين ، وقال عليه الصلاة والسلام : إن أول نسكنا في هذا
اليوم الصلاة ثم الأضحية ، غير أن هذا الشرط في حق من عليه الصلاة وهو المصري دون
أهل البوادي لأن التأخير لاحتمال التشاغل به عن الصلاة ، ولا معنى للتأخير في حق
المصري ولا صلاة عليه ، وما روينا حجة على مالك والشافعي رحمهما الله في نهيهما
الجموع بعد الصلاة قبل نحر الإمام ، ثم المعتبر في ذلك مكان الأضحية حتى لو كانت في
البوادي والمضي في المصر يجوز كما انشأ الفجر ، ولو كان على العكس لا يجوز إلا بعد
الصلاة ، وحيلة المصري إذا أراد التعجيل أن يبعث بها إلى خارج المصر فيضحي بها كما
طلع الفجر هذا لأنها تنبه الركاة من حيث إنها تسقط بهلاك المال قبل مضي أيام الفجر
كالركاة بهلاك النصاب ، فيحترق في الصرف مكان المحل ، لا يمكن الفاعل اعتبارا بها بخلاف

صلة الفطر لأنها لا تسقط بهلاك المال بعد ماطلع الفجر من يوم التطر ، ولو ضحى بعد ما صلى أهل المسجد ولم يصل أهل الجبابة أجزأه استحسانا لأنها صلاة معتبرة حتى لو اكتفوا بها أجزأتهم ، وكذا على عكسه ، وقيل هو جائز قياسا واستحسانا .

قال (وهي جائزة في ثلاثة أيام يوم النحر ويومان بعده) وقال الشافعي رحمه الله : ثلاثة أيام بعده لقوله عليه الصلاة والسلام « أيام التشريق كلها أيام ذبح » ولنا ما روى عن عمر وعلى وابن عباس رضي الله عنهم أنهم قالوا : أيام النحر ثلاثة أفضلها أولها وقد قالوه صاعا ، لأن الرأي لا يهتدى إلى المقادير ، وفي الأخبار تعارض فأخذنا بالمتيقن ، وهو الأكل وأفضلها أولها كما قالوا ، ولأن فيه مسارعة إلى أداء القرية وهو الأصل إلا لمعارض ويجوز الذبح في لياليها إلا أنه يكره لاحتمال الغلط في ظلمة الليل ، وأيام النحر ثلاثة وأيام التشريق ثلاثة ، والكل يمضى بأربعة أولها نحر لا غير وآخرها تشريق لا غير ، والمتوسطان نحر وتشريق والتضحية فيها أفضل من التصدق بثمن الأضحية ، لأنها تقع واجبة أو سنة والتصدق تطوع محض فتفضل عليه ، ولأنها تقوت نفقات وقتها ، والصدقة يؤتى بها في الأوقات كلها فنزلت منزلة الطواف والصلاة في حق الآفاق (ولو لم يضع حتى مضت أيام النحر إن كان أوجب على نفسه أو كان فقيرا ، وقد اشترى الأضحية تصدق بها حية ، وإن كان غنيا تصدق بقيمة شاة اشترى أو لم يشتر) لأنها واجبة على الغنى (وتحب على الفقير بالشراء بنية التضحية عندنا فإذا فات الوقت يجب عليه التصدق بإخراجاله عن العهدة كالجعة تقضى بعد فواتها ظهرا ، والصوم بعد العجز قديمة .

قال (ولا يضحى بالعمياء والعوراء والعرجاء التي لا تمشي إلى المنسك ، ولا المعجفاء) لقوله عليه الصلاة والسلام « لا تجزى » في الضحايا أربعة العوراء البين عورها والعرجاء البين عرجها والمريضة البين مرضها والعجاء التي لا تمشي .

قال (ولا تجزى » مقطوعة الأذن والذنب) أما الأذن فلقوله عليه الصلاة والسلام « استشرافوا العين والأذن » أي اطلبوا سلامتهما ، وأما الذنب فلائنه عضو كامل مقصود نصار كالأذن .

قال (ولا التي ذهب أكثر أذنها وذنبها وإن بقي أكثر الأذن والذنب جاز) لأن لأكثر حكم الكل بقاء وذهابا ، ولأن العيب اليسير لا يمكن التحرز عنه فجعل عفوا . واختلفت الرواية عن أبي حنيفة رحمه الله في مقدار الأكثر ، ففي الجامع الصغير عنه

وإن قطع من الذئب أو الأذن أو العين أو الألية الثلث أو أقل أجزاءه وإن كان أكثر لم يجز ، لأن الثلث تنفذ فيه الوصية من غير رضا الورثة فاحصر قليلا وفيما زاد لا تنفذ إلا برضاهم فاحصر كثيرا ، ويرى عنه الربيع لأنه يحكى حكاية السكالي على ما مر في الصلاة ، ويرى الثلث لقوله عليه الصلاة والسلام في حديث الوصية : الثلث والثلث كثيره وقال أبو يوسف ومحمد : إذا بقي الأكثر من النصف أجزاءه اعتبروا الحقيقة على ما تقدم في الصلاة ، وهو اختيار الفقهاء أبي الليث وقال أبو يوسف : أخبرت بقول أبي حنيفة فقال قولي هو قولك ، قيل هو وجوع منه إلى قول أبي يوسف ، وقيل معناه قولي قريب من قولك ، وفي كون النصف مانعا روايتان عنهما كما في انكشاف المصنف عن أبي يوسف ثم معرفة المختار في غير العين متيسر وفي العين قالوا : نشد العين المنيعة بعد أن لا تتلف بشاة يوما أو يومين ، ثم يقرب العلف إليها قليلا قليلا فإذا رأته من موضع أعلم على ذلك للمكان ثم تشد عنها الصعيمة وقرب إليها العلف قليلا قليلا حتى إذا رأته من مكانا أعلم عليه ، ثم ينظر إلى تفاوت ما بينهما ، فإن كان ثلثا فالذاهب الثلث وإن كان نصفًا فالنصف .

قال (ويجوز أن يفسى بالجلاء) وهي التي لا قرن لها لأن القرن لا يتعلق به مقصود وكلما مكسورة القرن لما قلنا (والنقص) لأن لحما أطيب . وقد صح أن النبي صلى الله عليه وسلم فسى بكبشين أملحين موهومين (والثراء) وهي الهبونة ، وقيل هذا إذا كانت تختلف لأنه لا يحل بالمقصود . أما إذا كانت لا تختلف فلا تجزئه (والجرباء) كانت حية جاز لأن الجرب في الجلد ولا نقصان في اللحم وإن كانت مهزولة لا تجوز لأن الجرب في اللحم فانقص ، وأما المتأه وهي التي لا أستان لها ، فمن أبي يوسف رحمه الله أنه يحترق في الأستان الكثرة والقلّة ، وعه إن بقي ما يمكنه الاختلاف به أجزاءه لحصول المقصود (والسكاه) وهي التي لا أذن لها خلقة لا تجوز ، لأن مقطوع أكثر الأذن إذا كان لا يجوز فقديم الأذن أولى (وهذا) الذي ذكرنا (إذا كانت هذه العيوب قائمة وقت الشر ولو اشتراها سليمة ثم تميمت بعيب مانع إن كان غنيا فعليه غيرها وإن كان فقيرا تجزئه هذا لأن الوجوب على الفقير بالشرع ابتداء بالشراء فلم تتميز به ، وعلى الفقير بشرائه بالاضحية فصيف ، ولا يجب عليه ضمان نقصانه كما في نصاب الزكاة ، ومن هذا الأصل قالوا : إذا ماتت الشتراة للتضحية على الموسر مكانها أخرى ، ولا شيء على الفقير ولو هلك أو سرق أو غشيت أخرى ، ثم ظهرت الأولى في أيام النحر على الموسر ف

لحظهما ، وحل الفقير ذمهما (ولو أضحجهما فاضطربت فانكسرت رجلها فذبحها أجره
اصحاحا) عندنا خلافا لفرز والشافعي رحمهما الله لأن حالة اللبيع ومقدماته ملحقة بالبيع
طحاكنه حصل به اعتبارا وحكما (وكذا لو تميت في هذه الحالة فانزلت ثم أعلت من
فحده ، وكذا بعد فوره عند محمد ورحه الله خلافا لأبي يوسف) لأنه حصل بمقدمات اللبيع .
قال (والأضحية من الإبل والبقر والغنم) لأنها عرفت شرعا ولم تنقل التضحية بنهرها
من النبي عليه الصلاة والسلام ولا من الصحابة رضي الله عنهم .

قال (ويمزى) من ذلك كله التي فصاعدا إلا الضأن ، فإن الجذع منه يمزى) لقوله
عليه الصلاة والسلام ضحوا بالثأيا إلا أن يمسر حل لحكم فليبيع الجذع من الضأن ؛
وقال عليه الصلاة والسلام : نمت الأضحية الجذع من الضأن ؛

قالوا : وهذا إذا كانت عظيمة بحيث لو خطط بالثنيان يشبهه حل الناظر من بعيد ؛
والجذع من الضأن ما تمت له ستة أشهر في ملحب الفقهاء ، وذكر الزعفراني رحمه الله أنه
ابن سبعة أشهر ، والتي منها ومن المعز ابن ستة ، ومن البقر ابن سنتين ، ومن الإبل ابن خمس
سنتين ، وينخل في البقر الجلموس ، لأنه من جنسه والمولود بين الأهل والوحش يبيع
الأم لأبها في الأصل في التبعية حتى إذا نزل القلب على الشاة يضحى بالولد .

قال (وإذا اشترى سبعة بقرة ليضحوها بها فأت أحدهم قبل النحر وقالت الورثة اذبحوها
عنه وعكم أجزأهم وإن كان شرك الست نصرانيا أورجلا يريد اللحم لم يحر من واحد منهم)
ووجهه أن البقرة تجوز عن سبعة لكن من شرطه أن يكون قصد الكل القرية ، وإن
انحطفت جهاتها كالأضحية والقران والمثمة عندنا لا تعاد المقصود وهو القرية ، وقد وجد
هذا الشرط في الوجه الأول ، لأن التضحية عن الغير عرفت قرية ، ألا ترى أن النبي
عليه الصلاة والسلام ضحى عن أمته على ما روينا من قبل ، ولم يوجد في الوجه الثاني لأن
النصراني ليس من أهلها وكذا قصد اللحم يتأفها وإذا لم يقع البعض قرية والإراقة لا تنجز
في حق القرية ، لم يقع الكل أيضا فامتنع الجواز ، وهذا الذي ذكره استحسانا وقياسا
أن لا يجوز ، وهو رواية عن أبي يوسف ، لأنه تبرع بالانلاف فلا يجوز عن غيره كالإحراق
عن الميت ، لسكتنا نقول القرية قد تقع عن الميت كالتصدق . بخلاف الإحراق لأن فيه
إلزام الولاء على الميت (ولو ذبحوها عن صغير في الورثة أو أم ولد جاز) لما بينا أنه قرية
(ولو مات واحد منهم فذبحها الباقيون بغير إذن الورثة لا تجزئهم) لأنه لم يقع بعضها قرية
ولها تقدم وجد الأذن من الورثة فكانت قرية .

قال (وَأَكْلَ مِنْ لَحْمِ الْأَضْحِيَةِ وَبَطْنِ الْأَغْنِيَاءِ وَالْفُقَرَاءِ وَيَسْعَرُ) لقوله عليه الصلاة والسلام (كنت نهيتكم عن أكل لحوم الأضاحي فكلوها منها وادعوا) ومتى جاز أكله وهو غنى جاز أن يؤكله غنيا .

قال (ويستحب أن لا يتقص الصدقة عن الثلث) لأن الجهات ثلاث: الأكل والادخار لما رويها والاعطام لقوله تعالى - وَأَطْعَمُوا الْقَانِعَ وَالْمَعْرُ - فاقسم عليها أثلاثا .

قال (ويتصدق بجلدها) لأنه جزء منها (أو يعمل منه آلة تستعمل في البيت) كالنطع والجراب والغربال ونحوها لأن الانضاع به غير محرم (ولا بأس بأن يشتري به ما ينضع بينه في البيت مع بقاءه) استحسانا، وذلك مثل ما ذكرنا لأن للبدل حكم المبدل (ولا يشتري به ما لا ينضع به إلا بعد استهلاكه كالخل والأبازير) اعتبارا بالبيع بالدرهم والمعنى فيه أنه تصرف على قصد القول - ، واللحم بمنزلة الجلد في الصحيح ، فلو باع الجلد أو اللحم بالدرهم أو بما لا ينضع به إلا بعد استهلاكه تصدق بثمنه ، لأن القرية انتقلت إلى بدله ، وقوله عليه الصلاة والسلام (من باع جلد أضحيته فلا أضحية له) يفيد كراهة البيع . لما البيع فجاز لقيام الملك والقدرة على التسليم :

قال (ولا يطيأ أجره الجزار من الأضحية) لقوله عليه الصلاة والسلام (لعل رضى الله عنه وتصدق بجلدها ونطامها ولا تعط أجر الجزار منها شيئا) وانتهى عنه نهى عن البيع أيضا لأنه في معنى البيع .

قال (ويكره أن يمز صوف أضحيته وينضع به قبل أن يذبحها) لأنه التزم إقامة القرية بجميع أجزائها ، بخلاف ما بعد الذبح لأنه أقيمت القرية بها كما في المذبح ويكره أن يلبس لبنا فينضع به كما في الصوف .

قال (والأفضل أن يذبح أضحيته بيده إن كان يحسن الذبح) وإن كان لا يحسنه فالأفضل أن يستعين بغيره ، وإذا استعان بغيره ينبغي أن يشهد بها بنفسه لقوله عليه الصلاة والسلام (فاطمة رضى الله عنها) قوى فاشهدى أضحيتك فإنه يخر لك بأول قطرة من دمها كل ذنب .

قال (ويكره أن يذبحها الكتابي) لأنه عمل هو قرية وهو ليس من أهلها ولو قرره فليجوز لأنه من أهل مكة والقرية أقيمت بإنابته ونية . بخلاف ما إذا أمر الجوهري لأنه ليس من أهل مكة فكان إنسابا .

قال (وإذا غلط رجلان فذبح كل واحد منهما أذية الآخر أجزأهما ، ولا ضياع عليهما) وهذا استحسان وأصل هذا أن من ذبح أضحية غيره بغير إذنه لا يحل لمذبح وهو ضامن لقيمتها ، ولا يجزئه عن الأضحية في القياس وهو قول زفر رحمه الله ، وفي الاستحسان : يجوز ولا ضمان على الذابح وهو قولنا ، وجه القياس : أنه ذبح شاة غيره بغير أمره فيضمن كما إذا ذبح شاة اشتراها القصاب ، وجه الاستحسان أنها تمتعت بالذبح لصحبها للأضحية حتى وجب عليه أن يضحي بها بعينها في أيام التجر ، ويكره أن يبدل بها غيرها فصار المالك مستعينا بكل من يكون أهلا للذبح آذنا له دلالة لأنها تقوت بمعنى هذه الأيام وعساه يعجز عن إقامتها بمعارض فصار كما إذا ذبح شاة شد القصاب رجلها .

فإن قيل : يفوته أمر مستحب وهو أن يذبحها بنفسه أو يشهد الذابح فلا يرضى به . قلنا : يحصل له به مستحبان آخران : صبرورته مضحيا لما عينه ، وكونه معجلا به فيرة ضحية .

ولعلنا رحمهم الله من هذا الجنس مسائل استحسانية وهي : أن من طبخ لحم غيره أو طحن حنطة أو رفع جرتة فأنكسرت أو حمل على دابته فطعت كل ذلك بغير أمر المالك يكون ضامنا ، ولو وضع المالك اللحم في القدر والقدر على الكائون ، والحطب تحته أو جبل الحنطة في الدورق وربط الدابة عليه أو رفع الجرة وأمالها إلى نفسه أو حمل على دابته ، فسقط في الطريق فأوقد هو النار فيه ، فطبخه أو ساق الدابة فطحنها أو أهانه على رفع الجرة فأنكسرت فيها بينهما أو حمل على دابته ماسقط ، فطعت لا يكون ضامنا في هذه الصور كلها استحسانا لوجود الإذن دلالة .

إذا ثبت هذا فنقول : في مسألة الكتاب ذبح كل واحد منهما أضحية غيره بغير إذنه صريحا فهي خلافية زفر بينهما ويتأى فيها القياس والاستحسان ، ما درنا فيأخذ كل واحد منهما مسلوخة من صاحبه ولا يضمنه لأنه وكيله فيها فعل دلالة لأن كانا قد أكلا ثم علما فليحل كل واحد منهما صاحبه ويميزهما لأنه لو أطعمه في الابتداء يجوز وإن كان ضامنا فكذلك له أن يحمله في الانتهاء وإن تشاحا فلكل واحد منهما أن يضمن صحبه قيمة لحمه ثم يتصلق بتلك القيمة لأنها بدل عن اللحم فصار كما لو باع أضحيته ، وهذا لأن التضحية لما وقعت عن صاحبه كان اللحم له ومن أئلف لحم أضحية غيره كان حكمه

ما ذكرناه (ومن غصب شاة فضى بها ضمن فيمنها وجزا عن أمهته) لأنه ملكها سابق الغصب بخلاف ما لو أودع شاة فضى بها لأنه يضمه بالذبح فلم يثبت الملك له إلا بعد الذبح ، والله أعلم بالصواب .

كتب الكراهية

قال رضى الله عنه :- تكلموا في معنى المكروه المروى عن محمد رحمه الله نساء أن كل مكروه حرام إلا أنه لما لم يجد فيه نصاً قاطعاً لم يطلق عليه لفظ الحرام ، وعن أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله أنه إلى الحرام أقرب ، وهو يشتمل على فصول منها :

فصل في الأكل والشرب

(قال أبو حنيفة رحمه الله تعالى : يكره لحوم الأن والبانها وأبوال الإبل ، وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله : لا بأس بأبوال الإبل) وتأويل قول أبي يوسف : أنه لا بأس بها التناول ، وقد بينا هذه الجملة فيما تقدم في الصلاة والذبايح فلا نعيدها والبن متولد من اللحم فأخذ حكمه .

قال (ولا يجوز الأكل والشرب والادمان والتطيب في آية الذهب والفضة للرجال والنساء) لقوله عليه الصلاة والسلام في الذي يشرب في إناء الذهب والفضة «إنما يجر جر» في طه نار جهنم ، وأبى أبو هريرة بشراب في إناء فضة فلم يقبله وقال : نهانا عنه رسول الله صلى الله عليه وسلم وإذا ثبت هذا في الشرب ، فكذا في الإدمان ونحوه لأنه في معناه ولأنه تشبه بزى المشركين وتتم بمنهم للترفين والمسرفين ، وقال في الجامع الصغير : يكره ومراذه التحريم ويستوى فيه الرجال والنساء لمعوم النهي ، وكذلك الأكل بمعلقة الذهب والفضة والاحتكاح بميل الذهب والفضة وكذا ما أشبه ذلك كالمسكحة والمرآة وغيرها لما ذكرناه .

قال (ولا بأس باستعمال آية الرصاص والزجاج والبلور والقيق) وقال الشافعي رحمه الله : يكره لأنه في معنى الذهب والفضة في المتأخر به . قلنا ليس كذلك لأنه ما كان من مادته المتأخر بغير الذهب والفضة .

قال (وجوز الشرب في الإناء المفضى عند أبي حنيفة رحمه الله والركوب على

السرج المفضض والجلوس على الكرسي المفضض والسرير المفضض إذا كان يقضى موضع القضة) ومعناه يقضى موضع القضم وقيل هذا وموضع اليد في الأخذ وفي السرير والسرج موضع الجلوس وقال أبو يوسف يكره ذلك ويقول محمد يروى مع أبي حنيفة ويروى مع أبي يوسف وعلى هذا الخلاف الإناء المصيب بالذهب والقضة والكرسي المصيب بهما وكذا إذا جعل ذلك في السيف والمشحذ وحقة المرأة أو جعل المصحف طحبا أو مفضضا وكذا الاختلاف في اللجام والركاب والنحر إذا كان مفضضا وكذا الثوب فيه كتابة بذهب أو فضة على هذا وهذا الاختلاف فيها يخلص ، وأما التوبة الذي لا يخلص فلا بأس به بالإجماع ، لما أن مستعمل جزء من الإناء مستعمل جميع الأجزاء فيكره كما إذا استعمل موضع الذهب والقضة ، ولأبي حنيفة رحمه الله أن ذلك تابع ولا معتبر بالتتابع فلا يكره كالحبة المكثوفة بالحرير والطم في الثوب ومسار الذهب في النص .

قال (ومن أرسل أجيالا له مجوسيا أو ناهدا فلشترى لحما فقال اشترته من يهودي أو نصراني أو مسلم وسعه أكله) لأن قول الكافر مقبول في المعاملات لأنه خبر صحيح لصلوره عن عقل ودين يعتقد فيه حرمة الكذب والحاجة ماسة إلى قبوله لتسكينة وقروح المعاملات :

قال (وإن كان غير ذلك لم يسه أن يأكل منه) معناه : إذا كان ذبيحة غير الكفاي والمسلم لأنه لا يقبل قوله في الحل أولى أن يقبل في الحرمة .

قال (ويجوز أن يقبل في الهدية والإذن قول البعد والجرية والقبض) لأن الهدايا تبحث طاعة على أيدى هؤلاء ، وكذا لا يمكنهم استصحاب الشهود على الإذن عند الضرب في الأرض والمباينة في السوق فلم يقبل قولهم يؤدي إلى الحرج ، وفي الجامع الصغير إذا قالت جارية لرجل بعني مولاي إليك هدية وسعه أن يأخذها لأنه لا فرق بين ما إذا أجهرت بخلقه المولى غيرها أو نفسها لما قلنا .

قال (ويقبل في المعاملات قول الفاسق ولا يقبل في الديانات إلا قول العدل) ووجه الفرق : أن المعاملات يكثر وجودها فيها بين أجناس الناس ، فلو شرطنا شرطا زائفا يؤدي إلى الحرج فيقبل قول الواحد فيها عدلا كان أو فاسقا كافرا كان أو مسلما عبدا كان أو حرا ذكر اكان أو أنثى دفعا للحرج ، أما الديانات فلا يكثر وقوعها حسب وقروح المعاملات ، فجاز أن يشترط فيها زيادة شرط فلا يقبل فيها إلا قول للمسلم العدل ، لأنه

فصل في حكم الكافر لا يلزم الحكم ، فليس له أن يلزم المسلم بخلاف المعاملات ، لأن الكافر لا يمكنه المقام في ديارنا إلا بالمعاملة ولا يتنبأ له المعاملة إلا بعد قبول قوله فيها فكان فيه ضرورة ولا يقبل فيها قول المستور فظاهر الرواية ، وعن أبي حنيفة رحمه الله : أنه يقبل قوله فيها جرياً على ملعبه أنه يجوز القضاء به وفي ظاهر الرواية هو والمفسر فيهمومه حتى يعتبر فيها أكبر الرأى .

قال (ويقبل فيها قول العبد والحر والأمة إذا كانوا عدولاً) لأن عند العبداء الصلح واسع والقبول لزجانه في المعاملات ما ذكرناه ، ومنها التوكيل ومن البيانات الإخلاء بنجاسة الماء حتى إذا لعبه مسلم مرضى لم يتوضأ به ويقيم ولو كان الخبر فاسقاً أو مستوراً غمري ، فإن كان أكبر رأيه أنه صادق يقيم ولا يتوضأ به ، وإن أراق الماء ثم يسم كان أحوط ومع العبداء يسقط احتمال الكذب ، فلا معنى للاحتياط بالإراقة ، أما الحرى فمجرد ظن ولو كان أكبر رأيه أنه كاذب يتوضأ به ولا يقيم لترجع جانب الكذب بالحرى ، وهذا جواب الحكم ، فلما في الاحتياط فيقيم بعد الوضوء لما قلنا ، ومنها الحل والحرمه إذا لم يكن فيه زوال الملك وفيها تفاصيل وتفريعات ذكرناها في كلفة المتبى :

قال (ومن دعى إلى ودية أو طعام فوجد ثمة لمبا أو غناه فلا بأس بأن يقعد ويأكل) قال أبو حنيفة رحمه الله : ابتليت بهذا مرفصبرت ، وهذا لأن إجابة الدعوة سنة . قال عليه الصلاة والسلام : من لم يحب الدعوة فقد عصى أبا القاسم ، فلا يتركها لما اقترنت به من الطبعة من غيره كصلاة الجنائز وأجبة الإقامة ، وإن حضرتها نياحة ، فإن قدر على المنع منهم وإن بشر بصير ، وهذا إذا لم يكن مقتضى به ، فإن كان مقتضى ولم يقدر على منهم يفرج ولا يقعد لأن في ذلك شين الدين وفتح باب المصيبة على المسلمين ، والحكمى من أبي حنيفة رحمه الله في الكتاب كان قبل أن يصير مقتضى به ولو كان ذلك على المائدة لا ينبغي أن يقعد وإن لم يكن مقتضى لقوله تعالى — فلا تقعد بعد الذكرى مع القوم الظالمين — وهذا كله بعد الحضور ، ولو لم قبل الحضور لا يضر لأنه لم يلزمه حق الدعوة بخلاف ما إذا هم عليه لأنه قد لزمه ودلت المسئلة على أن الملامى كلها حرام حتى التقى بضرب القضيبي ، وكلنا قول أبي حنيفة رحمه الله : ابتليت لأن الابتلاء بالهزم يكون :

فصل في اللبس

قال (لا يحمل للرجال لبس الحرير ويحل للنساء) لأن النبي عليه الصلاة والسلام نهى عن لبس الحرير والديباج ، وقال : « إنما يلبسه من للاحلاق له في الآخرة » ، وإنما حل للنساء بحديث آخر ، وهو ما رواه عدة من الصحابة رضى الله عنهم منهم على رضى الله عنه وأن النبي صلى الله عليه وسلم خرج وباحدى يديه حرير وبالأخرى ذهب وقال : هذان محرمان على ذكور أمتي حلل لئنهم » وروى « حل لئنهم » .

قال (إلا أن القليل عفو وهو مقدار ثلاثة أصابع أو أربعة كالأعلام والمكفوف بالحرير) لما روى « أنه عليه الصلاة والسلام نهى عن لبس الحرير إلا موضع أصبعين أو ثلاثة أو أربعة » أراد الأعلام ، وعنه عليه الصلاة والسلام « أنه كان يلبس جبة مكفوفة بالحرير » :

قال (ولا بأس بتوسده والنوم عليه بمندبى حنيفة رحمه الله . وقالوا : يكره) وفي الجامع الصغير ذكر قول محمد وحده ولم يذكر قول أبى يوسف وإنما ذكره القدورى وغيره من المشايخ ، وكذا الاختلاف في ستر الحرير وتعليقه على الأبواب . لما العمومات ولأنه من زى الأكاسرة والجبابرة والتشبه بهم حرام ، وقال عمر رضى الله عنه : إياكم وزى الأعاجم ، وله ما روى « أنه عليه الصلاة والسلام جلس على مرققة حرير » وقد كان على بساط عبد الله بن عباس رضى الله عنهما مرققة حرير ، ولأن القليل من الملبوس مباح كالأعلام . فكذا القليل من اللبس والاستعجار ، والجامع كونه نموذجاً على ما عرف .

قال (ولا بأس بلبس الحرير والديباج في الحرب عندهما) لما روى الشعبي رحمه الله : « أنه عليه الصلاة والسلام رخص في لبس الحرير والديباج في الحرب » ولأنه ضرورة فإن الخالص منه أذعن لمرة السلاح وأهيب في عين العدو لبريقه .

قال (ويكره عند أبى حنيفة رحمه الله) لأنه لا فصل فيما رويناه والضرورة اندفعت بالخلوط وهو الذى لحمته حرير وسداه غير ذلك والمختلوط لا يستباح إلى لضرورة ، وما رواه محمول على المختلوط .

قال (ولا بأس بلبس ماسداه حرير ولحمته غير حرير كالقطن والخرز في الحرب وغيره) لأن الصحابة رضى الله عنهم كانوا يلبسون الخرز والخرز مسدس بالحرير ولأن الخروب

إنما يصير ثوباً بالنسج والنسج باللحمة فكانت هي المعتبرة دون السدى ؛ وقال أبو يوسف رحمه الله : أكره ثوب القز يكون بين القزو والظهرة ، ولا أرى بحشو القز بأساً لأن الثوب ملبوس والحشو غير ملبوس : قال (وما كان ختمه حريراً وسداه غير حرير لا بأس به في الحرب) للضرورة .

قال (ويكره في غيره) لانعدامها والاعتبار للحمة على ما بينا .

قال (ولا يجوز للرجال التحلي بالذهب) لما روينا .

قال (ولا بالفضة) لأنها في ممتا .

قال (إلا بالخاتم والمنطقة وحلية السيف من الفضة) تحقيقاً لمعنى الفودج . الفضة أغنت عن الذهب إذ هما من جنس واحد كيف وقد جاء في إباحة ذلك أكثر ، وفي الجامع الصغير ولا يتختم إلا بالفضة ، وهذا نص على أن التختم بالحجر والحديد والصرم حرام ، ورأى رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم على رجل خاتم صفر فقال « مالى أجده منك رائحة الأصنام » ورأى على آخر خاتم حديد فقال « مالى أرى عليك حلية أهل الدار » ومن الناس من أطلق في الحجر الذى يقال له يشب لأنه ليس بحجر إذ ليس له ثقل الحجر وإطلاق الجواب في الكتاب يدل على تحريمه .

قال (والتختم بالذهب على الرجال حرام) لما روينا ، وعن علي رضي الله عنه « أن النبي عليه الصلاة والسلام نهى عن التختم بالذهب » ولأن الأصل فيه التحريم والإباحة ضرورة الختم أو الفودج وقد اندفعت بالأدنى وهو الفضة والحلقة هي المعتبرة لأن قوام الخاتم بها ، ولا معتبر بالفص حتى يجوز أن يكون من حجر ويجعل الفص إلى باطن كفه بخلاف التسوان لأنه ترين في حقن ، وإنما يتختم القاضي والسلطان الحاجة إلى الختم ، فأما غيرهما فالأفضل أن يترك لعدم الحاجة إليه :

قال (ولا بأس بمسار الذهب يجعل في حجر الفص) أى في ثقبه لأنه تابع كالعلم في الثوب فلا يعد لباساً له :

قال (ولا تشد الأسنان بالذهب وتشد بالفضة) وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله . وقال محمد رحمه الله : لا بأس بالذهب أيضاً . وعن أبي يوسف رحمه الله : مثل قول كل منهما : هما « أن حرفهجن أسعد الكتاني أصيب أنفه يوم الكلاب فاتخذ أنفاً من فضة فأثنت فأمره فحى عليه الصلاة والسلام بأن يتخذ أنفاً من ذهب » ولأن حنيفة رحمه الله أن الأصل

فيه التحريم والإباحة للضرورة وقد اندفعت بالفضة وهي الأدنى فبقي الذهب على التحريم والضرورة فيها روى لم تندفع في الأنف دونه حيث أنف .

قال (ويكره أن يلبس المذكور من الصبيان الذهب والحرير) لأن التحريم لما ثبت في حق المذكور وحرم اللبس حرم الإلباس كالحرير لما حرم شربها حرم سقيها .

قال (وتكره الخرق التي تحمل فيسمح بها العرق) لأنه نوع تجبر وتكبر .

قال (وكذا التي يسمح بها الوضوء أو يمشط بها) وقيل إذا كان عن حاجة لا يكره وهو الصحيح ، وإنما يكره إذا كان عن تكبر وتجبر وصار كالترفع في الجلوس .

قال (ولا بأس بأن يربط الرجل في أصبعه أو خاتمة الخيط للحاجة) ويسمى ذلك الرتم والرئمة وكان ذلك من عادة العرب قال قائلهم :

لا ينفعك اليوم أن همت بهم كثرة ماتوصى وتنفذ الرتم
وقلروى أن النبي عليه الصلاة والسلام أمر بعض أصحابه بذلك ولأنه ليس بعيب لما فيه من الغرض الصحيح وهو التذكير عند النسيان .

فصل في الوطء والنظر والامس

قال (ولا يجوز أن ينظر الرجل إلى الأجنبية إلا إلى وجهها وكفها) لقوله تعالى - ولا يبدن زينتهن إلا ما ظهر منها - قل علي وابن عباس رضي الله عنهما : ما ظهر منها المكمل والخاتم والمراد موضعهما وهو الوجه والكف كما أن المراد بالزينة المذكورة موضعها ، ولأن في إبداء الوجه والكف ضرورة لحاجتها إلى المعاماة مع الرجال أهلها وإعطاء وغير ذلك ، وهذا تصحيح على أنه لا يباح النظر إلى قدمها ، وعن أبي حنيفة رحمه الله أنه يباح لأن فيه بعض الضرورة ، وعن أبي يوسف رحمه الله أنه يباح النظر إلى ذراعيها أيضا لأنه قد يبدو منها عادة .

قال (فإن كان لا يأمن الشهوة لا ينظر إلى وجهها إلا لحاجة) لقوله عليه الصلاة والسلام « من نظر إلى عاصن امرأة أجنبية عن شهوة صب في عينه الآتلك يوم القيامة » فإن خاف الشهوة لم ينظر من غير حاجة تخرزا عن المحرم ، وقوله لا يأمن يدل على أنه لا يباح إذا شك في الاشتباه كما إذا علم أو كان أكبر رأيه ذلك (ولا يحل له أن يمس وجهها ولا كفها وإن كان يأمن الشهوة) لقيام المحرم وانطدام الضرورة والبلوى بخلاف النظر لأن فيه بلوى والمحرم قوله عليه الصلاة والسلام « من مس كف امرأة ليس منها بسبيل وضع

على كفه حجرة يوم القيامة ، وهذا إذا كانت شابة تشهى أما إذا كانت عجوزا لا تشهى ، فلا بأس بمصافحتها وممس يدها لانعدام خوف الفتنة ، وقد روى أن أبا بكر رضى الله عنه كان يدخل بعض القبائل التى كان مسترضعا فيهم ، وكان يصانح المعجزة وعبد الله بن الزبير رضى الله عنه استأجر عجوزا لفرسه ، وكانت تغمر رجله ونفلى رأسه وكذا إذا كان شيخا يأمن على نفسه وعليها لما قلنا ، وإن كان لا يأمن عليها لا تحل مصافحتها لما فيه من التعريض للفتنة .

(والصغيرة إذا كانت لا تشهى يباح مسها والنظر إليها) لعدم خوف الفتنة :

قال (ويجوز للقاضى إذا أراد أن يحكم عليها وللشاهد إذا أراد أداء الشهادة عليها النظر إلى وجهها وإن خاف أن يشهى) للحاجة إلى إحياء حقوق الناس بواسطة القضاء وأداء الشهادة ولكن ينبى أن يقصد به أداء الشهادة أو الحكم عليها لا قضاء الشهوة تحمزا عما يمكنه التحرز عند وهو قصد التقيح ، وأما النظر لتحمل الشهادة إذا اشتبه قيل يباح ، والأصح أنه لا يباح لأنه يوجد من لا تشهى فلا ضرورة بخلاف حالة الأداء .

(ومن أراد أن يتزوج امرأة فلا بأس بأن ينظر إليها وإن علم أنه يشهوها) لقوله عليه الصلاة والسلام فيه « أبصرها فإنه أخرى أن يؤدم بينكما » ولأن مقصوده إقامة السنة لأقضاء الشهوة (ويجوز للطبيب أن ينظر إلى موضع المرض منها) للضرورة (وينبى أن يعلم امرأة مداواتها) لأن نظر الجنس إلى الجنس أسهل (فإن لم يقدروا يستركل عضو منها سوى موضع المرض) ثم ينظر ويغض بصره ما استطاع لأن مائت بالضرورة يقتدر بقدرها وصار كمنظر الخافضة والختان (وكذا يجوز للرجل النظر إلى موضع الاحتقان من الرجل) لأنه مداواة ويجوز للمرض ، وكذا للرجال الفاحش على ما روى عن أبي يوسف ، لأنه أمانة المرض .

قال (وينظر الرجل من الرجل إلى جميع بدنه إلا ما بين سرتة إلى ركبته) لقوله عليه الصلاة والسلام « عورة الرجل ما بين سرتة إلى ركبته » ويروى ما دون سرتة حتى يجاوز ركبته ، وهذا ثبت أن السرة ليست بعورة خلافا لما يقوله أبو عصمة والشافعى رحمه الله ، والركبة عورة خلافا لما قاله الشافعى ، والفخذ عورة خلافا لأصحاب الطواهر ، وما دون السرة إلى منبت الشعر عورة خلافا لما يقوله الإمام أبو بكر محمد بن الفضل السكبرى رحمه الله معتمدا فيه العادة لأنه لا معتبر بها مع النص بخلافه ، وقد روى أبو هريرة رضى

الله عنه من النبي عليه الصلاة والسلام أنه قال الركبة من العورة ، وأبداً المحسن بن علي رضي الله عنهما سرته قبلها أبو هريرة رضي الله عنه ، وقال بلرهد وارفلحك : أما علمت أن الفخذ عورة ، ولأن الركبة ملتحق عظم الفخذ والساق فاجتمع المحرم والمبيح وفي مثله يغلب المحرم وحكم العورة في الركبة أخف منه في الفخذ ، وفي الفخذ أخف منه في السواة حتى أن كاشف الركبة ينكر عليه برفق ، وكاشف الفخذ يعنف عليه وكاشف السواة يؤدب إن لج (وما يباح النظر إليه الرجل من الرجل يباح المس) لأنهما فيما ليس بعورة سواء .

قال (ويموز للمرأة أن تنظر من الرجل إلى ما ينظر الرجل إليه منه إذا أمنت الشهوة) لاستواء الرجل والمرأة في النظر إلى ما ليس بعورة كالثياب والدواب ، وفي كتاب الخفي من الأصل أن نظر المرأة إلى الرجل الأجنبي بمنزلة نظر الرجل إلى محارمه لأن النظر إلى خلاف الجنس أغلظ ، فإن كان في قلبها شهوة أو أكبر رأيها أنها تشتهي أو شككت في ذلك يستحب لها أن تبغض بصرها ، ولو كان الناظر هو الرجل إليها وهو بهذه الصفة لم ينظر ، وهذا إشارة إلى التحريم . ووجه الفرق أن الشهوة عليهن غالبية وهو كالتحقق اعتباراً فإذا اشتهى الرجل كانت الشهوة موجودة في الجانيين ولا كذلك إذا اشتهت المرأة ، لأن الشهوة غير موجودة في جانبه حقيقة واعتباراً فكانت من جانب واحد والمتحقق من الجانيين في الانفضاء إلى المحرم أقوى من المتحقق في جانب واحد .

قال (وتنظر المرأة من المرأة إلى ما يجوز للرجل أن ينظر إليه مع الرجل) لوجود المحابسة وانعدام الشهوة غالباً كما في نظر الرجل إلى الرجل . وكذا الضرورة قد تحققت إلى الانكشاف فيما بينهما . وعن أبي حنيفة رحمه الله أن نظر المرأة إلى المرأة كنظر الرجل إلى محارمه ، بخلاف نظرها إلى الرجل لأن الرجال يحتاجون إلى زيادة الانكشاف للاشتغال بالأعمال والأول أصح .

قال (وينظر الرجل من أمته التي تحمل له وزوجه إلى فرجها) وهذا إطلاق في النظر إلى سائر بدنهما عن شهوة وغیر شهوة والأصل فيه قوله عليه الصلاة والسلام « غضى بصرك إلا عن أمتك وامراتك » ولأن ما فوق ذلك من المس والغشيان مباح فالنظر أولى إلا أن الأولى لا ينظر كل واحد منهما إلى عورة صاحبه لقوله عليه الصلاة والسلام « إذا أتى أحدكم أهله فليستر ما استطاع ولا يتجردان تجرد العير » ولأن ذلك يورث النسيان لورود الأمر ، وكان ابن عمر رضي الله عنهما يقول الأولى أن ينظر ليكون أبلغ في تحصيل معنى اللذة .

قال (وينظر الرجل من ذوات محارمه إلى الوجه و رأس الصدر والساقيين والعضدين ولا ينظر إلى ظهرها ويطنها وفضلها) والأصل فيه قوله تعالى - ولا يدين زيتن إلا ليعوتين - الآية والمراد والله أعلم مواضع الزينة وهي ما ذكر في الكتاب ، ويدخل في ذلك الساعد والأذن والعتق والقدم لأن كل ذلك مواضع الزينة ، بخلاف الظهر والبطن والخصية لأنها ليست من مواضع الزينة ، ولأن البعض يدخل على البعض من غير استئذان واحتشام والمرأة في بيتها في ثياب مهتها عادة فلو حرم النظر إلى هذه المواضع أدى إلى الحرج ، وكلنا الرغبة تقلل المحرمة المؤبدة قلنا نشئى بخلاف ما رواهنا لأنها لا تنكشف عادة ، والمحرم من لا يجوز المناكحة بينه وبينها على التأييد بنسب كان أو بسبب كالرضاع والمصاهرة لوجود المعنيين فيه وسواء كانت المصاهرة بنكاح أو سفاح في الأصح لما بينا :

قال (ولا بأس بأن يمسه ما جاز أن ينظر إليه منها) لتحقيق الحاجة إلى ذلك في المسافرة ووقت الشهوة للمحرمة ، بخلاف وجه الأجنبية وكسبها حيث لا يباح المس ، وإن أبيح النظر لأن الشهوة متكاملة (إلا إذا كان يخاف عليها أو على نفسه الشهوة) فيحتفظ لا ينظر ولا يمسه لقوله عليه الصلاة والسلام والعينان تزنيان وزناهما النظر واليدان تزنيان وزناهما البطش ، ومحرم الزنا بذوات المحرم أظن فيجذب (ولا بأس بالخلوة والمسافرة بين) لقوله عليه الصلاة والسلام ، لا تسافر المرأة فوق ثلاثة أيام وليالها إلا ومعها زوجها أو ذو رحم محرم منها ، وقوله عليه الصلاة والسلام ، ألا لا يخلون رجل بامرأة ليس منها بسيل فإن ثالثهما الشيطان ، والمراد إذا لم يكن محرما ، فإن احتاجت إلى الإركاب والازوال ، فلا بأس بأن يمسه من وراء ثيابها ويأخذ ظهرها ويطنها دون ما تحتها إذا أمتنا الشهوة ، فإن خاطها على نفسه أو عليها يفتن أو قلنا أو شكنا فليجذب ذلك بجهله ، ثم إن أمكنها الركوب بنفسها يمتنع عن ذلك أصلا وإن لم يمكنها يكلف بالثياب كيلا تصيبه حرارة حفرها ، وإن لم يجد الثياب يدفع الشهوة عن قلبه بقدر الإمكان .

قال (وينظر الرجل من مملوكة غيره إلى ما يجوز أن ينظر إليه من ذوات محارمه) لأنها تخرج لحوائج مولاهما وتخدم أضيافه ، وهي في ثياب مهتها فصار حالها خارج البيت في حق الأجانب كحال المرأة داخلة في حق محارم الأقارب ، وكان عمر رضي الله عنه إذا رأى جارية متقنة عراها بالدره ، وقال ألى عنك الخمار يادقار أنتنسين بالحرار ولا يحل النظر إلى بطنها وظهرها خلانا لما يقوله محمد بن مقاتل رحمه الله أنه يباح إلا إلى

مادون السرّة إلى الرّكبة لأنّه لا ضرورة كما في المحارم ، بل أولى لقلة الشهوة فيه وكثرتها في الإمام ولقطة المملوكة تنظم المديرية والمكانة وأم الولد لتحقق الحاجة والمسحاة كللكاتبة عند أبي حنيفة رحمه الله على ما عرف ، وأما الخلوة بها والمسافرة معها فقد قيل بإباحة كما في المحارم ، وقد قيل لا بإباحة لعدم الضرورة فيهن ، وفي الإركاب والأزوال احتج محمد رحمه الله في الأصل للضرورة فيهن ، وفي ذوات المحارم بمجرد الحاجة :

قال (ولا بأس بأن يمس ذلك إذا أراد الشراء وإن خاف أن يشتهى) كلنا ذكره في المختصر ، وأطلق أيضا في الجامع الصغير ولم يفصل قال مشايخنا رحمهم الله : بإباحة النظر في هذه الحالة وإن اشتهى للضرورة ولا بإباحة المس إذا اشتهى أو كان أكبر رأيه ذلك لأنه نوع استمتاع وفي غير حالة الشراء بإباحة النظر والمس بشرط عدم الشهوة .

قال (وإذا حاضت الأمة لم تعرض في إزار واحد) ومعناه بلغت وهذا موافق لما بينا أن الظاهر والبطن منها حورة . وعن محمد رحمه الله أنها إذا كانت تشتهى ويجماع مثلها فهي كالبالغة لا تعرض في إزار واحد لوجود الاشتباه .

قال (والخصى في النظر إلى الأجنبية كالفحل) لقول عائشة رضي الله عنها : الخصاص مثله فلا يبيع ما كان حراما قبله ولأنه فعل يجماع ، وكلها المحبوب لأنه يسحق ويؤزل وكلها المحدث في الرديء من الأفعال لأنه فعل فاسق .

والحاصل : أنه يؤخذ فيه بمحكم كتاب الله المنزل فيه والطفل الصغير مستثنى بالنص قال (ولا يجوز للمملوك أن ينظر من سيده إلا إلى ما يجوز للأجنبي النظر إليه منها) وقال مالك رحمه الله : هو كالمحرّم ، وهو أجد قولي الشافعي رحمه الله لقوله تعالى - أو مملكت أيمانين - . ولأن الحاجة متحققة لدخوله عليها من غير استئذان . وأنا أنه ضحل غير محرم ولا زوج والشهوة متحققة لجواز النكاح في الجملة والحاجة قاصرة ، لأنه يعمل خارج البيت ، والمراد بالنص الإمام . قال سعيد والحسن وغيرهما : لا تفرسكم سورة النور فلانها في الإثبات دون الذكور .

قال (ويعزل عن أمته بغير إذنها ولا يعزل عن زوجته إلا بإذنها) لأنه عليه الصلاة والسلام نهى العزل عن الحرة إلا بإذنها ، وقال لمولى أمة : « اعزل عنها إن شئت » ولأن الوطء حتى الحرة قضاء للشهوة ، وتحصيلا للولد ولهذا تخير في الجبّ والمنة ولاحق للأمة في الوطء فلها لا ينقص حتى الحرة بغير إذنها ويستبدّ به المولى ولو كان تحته أمة غيره فقد ذكرناه في النكاح .

فصل في الاستبراء وغيره

قال (ومن اشترى جارية فإنه لا يقربها ولا يلمسها ولا يقبلها ولا ينظر إلى فرجها بشهوة حتى يستبرئها) والأصل فيه قوله عليه الصلاة والسلام في سبأيا وأطاس «ألا لا توطأ الحيلالي حتى يضمن حملهن ولا الحيلالي حتى يستبرأ» بحضرة أفاد وجوب الاستبراء على المولى ، ودل على السبب في المسبية ، وهو استحداث الملك واليد ، لأنه هو الموجود في مورد النص . وهذا لأن الحكمة فيه التعرف عن براءة الرحم صيانة للمياه المحترمة عن الاختلاط والأنساب من الاشتباه ، وذلك عند حقيقة الشغل أو توهم الشغل بماء محترم ، وهو أن يكون الولد ثابت النسب ، ويجب على المشتري لا على البائع لأن العلة الحقيقية لإدانة الوطء ، والمشتري هو الذي يريده دون البائع ، فيجب عليه غير أن الإرادة أمر مبطن فيندار الحكم على دليلها وهو التمكن من الوطء ، والتمكن إنما يثبت بالملك واليد فانتصب سببا وأدير الحكم عليه تيسيرا ، فكان السبب استحداث ملك الرقبة المؤكد باليد وتعدى الحكم إلى سائر أسباب الملك كالشراء والهبة والوصية والميراث والخلع والكتابة وغير ذلك ، وكذا يجب على المشتري من مال للصبي ، ومن المرأة ، ومن المملوك ، ومن لا يحل له وطؤها ، وكذا إذا كانت المشتراة بكرًا لم توطأ ، لتحقق السبب وإدارة الأحكام على الأسباب دون الحكم لبطونها فيعتبر تحقق السبب عند توهم الشغل ، وكذا لا يجتزأ بالحضرة التي اشتراها في أنثائها ، ولا بالحضرة التي حاضتها بعد شراء أو غيره من أسباب الملك قبل القبض ، ولا بالولادة الحاصلة بعدها قبل القبض خلافاً لأبي يوسف رحمه الله تعالى ، لأن السبب استحداث الملك واليد والحكم لا يسبق السبب ، وكذا لا يجتزأ بالحاصل قبل الإجارة في بيع الفضولي . وإن كانت في يد المشتري ، ولا بالحاصل بعد القبض في الشراء الفاسد قبل أن يشتريها شراء صحيحا لما قلنا .

(ويجب في جارية للمشتري فيها شقص فاشترى الباقي) لأن السبب قد تم فالآن والحكم يضاف إلى تمام العلة ، ويجتزأ بالحضرة التي حاضتها بعد القبض وهي مجوسية أو مكاتبية بأن كاتبها بعد الشراء ، ثم أسلمت المجوسية أو عجزت المكاتبية لوجودها بعد السبب ، وهو استحداث الملك واليد ، إذ هو متنعز للحل والحرمه لما منع كما في حالة الحيض (ولا يجب الاستبراء إذا رجعت الأبقرة أو ردت المفصورة أو المؤاجرة أو فككت المرهونة) لانعدام السبب ، وهو استحداث الملك واليد ، وهو سبب متعين فأدير الحكم عليه وجودا وخصما

ولما نظائر كثيرة كتبناها في كفاية المنتهى ، وإذا ثبت وجوب الاستبراء وحرمه الوطء حرم الدواعي لإفضائها إليه أو لاحتمال وقوعها في غير الملك على اعتبار ظهور الحبل ودعوة البائع ، بخلاف الحائض ، حيث لا تحرم الدواعي فيها ، لأنه لا يَحتمل الوقوع في غير الملك ولأنه زمان نفرة ، فالإطلاق في الدواعي لا يقضى إلى الوطء والرغبة في المشتراة قبل الدخول أصداق الرغبات فتضيق إليه ولم يذكر الدواعي في المسبية ، وعن محمد رحمه الله أنها لا تحرم لأنها لا يَحتمل وقوعها في غير الملك لأنه لو ظهر بها حبل لاتصح دعوة الحربي بخلاف المشتراة على ما بينا .

(والاستبراء في الحامل بوضع الحمل) لما روينا (وفي ذوات الأشهر بالشر) لأنه أقبح في حقهن مقام الحيض كما في المعتدة (وإذا حاضت في أثناءه بطل الاستبراء بالأيام) لشدة على الأصل قبل حصول المقصود بالبدل كما في المعتدة ، فإن ارتفع حيضها تركها حتى إذا تبين أنها ليست بحامل وقع عليها وليس فيه تقدير في ظاهر الرواية ، وقيل : يتبين بشهرين أو ثلاثة ، وعن محمد رحمه الله : أربعة أشهر وعشرة أيام ، وعنه : شهران وخمسة أيام اعتبارا بعدة الحرية والأمة في الوفاة ، وعن زفر رحمه الله سنتان ، وهو رواية عن أبي حنيفة رحمه الله .

قال (ولا بأس بالاحتمال لإسقاط الاستبراء عند أبي يوسف خلافاً لمحمد رحمه الله) وقد ذكرنا الوجهين في الشفعة ، والمأخوذ قول أبي يوسف فيما إذا علم أن البائع لم يقربها في طهرها ذلك ، وقول محمد رحمه الله فيما إذا قربها ، والحيلة إذا لم تكن تحت المشتري حرة أن يزوجه قبل الشراء ؛ ثم يشترها ، ولو كانت فالحيلة أن يزوجه البائع قبل الشراء أو المشتري قبل القبض ممن يوثق به ، ثم يشترها ويقبضها ، أو يقبضها ثم يطلق الزوج ، لأن عند وجود السبب وهو استحداث الملك المؤكد بالقبض إذا لم يكن فرجها حلالا له لا يجب الاستبراء وإن حل بعد ذلك ، لأن المعتبر أوان وجود السبب كما إذا كانت معتدة الغير .

قال (ولا يقرب المظاهر ولا يلمس ولا يقبل ولا ينظر إلى فرجها بشهوة حتى يكف) لأنه لما حرم الوطء إلى أن يكثر حرم الدواعي للإفضاء إليه ، لأن الأصل أن سبب الحرام حرام كما في الاعتكاف والإحرام ، وفي المنكحة إذا وطئت بشبهة ؛ بخلاف حالة الحيض والحرم ، لأن الحيض بمنه شطر عمرها والصوم عند شهيا فرسا وأكثر العمر غلانا

المنع عنها بعض المخرج ولا كذلك ما عددناها لقصور مددما وقد صرح أن النبي عليه الصلاة والسلام كان يقبل وهو صائم ومضاجع نساءه ومن حيفس .

قال (ومن له أختان أختان قبلهما بشهوة فلهما لا يجامع واحدة منهما ولا يقبلها ولا يجامع بشهوة ولا ينظر إلى فرجها بشهوة حتى يملك فرج الأخرى غيره بملك أو نكاح أو بعتها) وأصل هذا : أن الجمع بين الأختين للملوكين لا يجوز وطأ لإطلاق قوله تعالى - وأنه تحميروا بين الأختين - ولا يلزم بقوله تعالى - أو ما ملكتم أيمانكم - لأن الرجوع للمعصية ، وكذا لا يجوز الجمع بينهما في الدواحي لإطلاق النص ولأن الدواحي إلى الوطء بمنزلة الوطء في التحريم حل ما مهنداه من قبل ، فإذا قبلهما فكانت وطئهما ، ولو وطئهما فليس له أن يجامع إحداهما ، ولا أن يأتي بالدواحي فيهما ، فكذلك إذا قبلهما وكذا إذا صهما بشهوة أو نظر إلى فرجهما بشهوة لما بيناه ، إلا أن يملك فرج الأخرى غيره بملك أو نكاح أو بعتها لأنه لما حرم عليه فرجها لم يبق جامعا ، وقوله : بملك أراد به : ملك عين فينتظم التملك بأسر أسيا به أو غيره ، وتمليك الشقص فيه كتمليك الكل ، لأن الوطء يجرم به وكذا إعتاق البعض من إحداهما كإعتاق كلها وكذا الكتابة كإعتاق في هذا ثبتت حرمة الوطء بذلك كله وبرهن إحداهما وإجارتها وتدبيرها لا تغل الأخرى ، ألا ترى أنها لا تخرج بها من ملكه ، وقوله أو نكاح أراد به النكاح الصحيح .

أما إذا زوج إحداهما نكاحا فاسدا لا يباح له وطء الأخرى إلا أن يخل الزوج بها فيه لأنه يجب العدة عليها ، والعدة كالنكاح الصحيح في التحريم ، ولو وطئ أحداهما حل وطء الموطوءة دون الأخرى لأنه يصير جامعا بوطء الأخرى لا بوطء الموطوءة وكل امرأتين لا يجوز الجمع بينهما نكاحا فيها ذكرناه بمنزلة الأختين .

قال (ويكره أن يقبل الرجل أو يده أو شيئا منه أو يعانقه) وذكر الطحاوي أن هذا قول أبي حنيفة وعمره رحمهما الله . وقال أبو يوسف رحمه الله : لا بأس بالتقبل والمعانقة لما روى أن النبي عليه الصلاة والسلام عانق جعفرا رضي الله عنه حين قدم من الحبشة وقبل بين عينيه ، ولما مروى أن النبي عليه الصلاة والسلام نهى عن المكاشمة وهي المعانقة ، وعن المكاشمة وهي التقبيل ، وما رواه عمول حل ما قبل التحريم ، قالوا : الخلاف في المعانقة في إزار واحد . أما إذا كان عليه قميص أو جبة فلا بأس بها بالإجماع وهو الصحيح . قال (ولا بأس بالمصافحة) لأنه هو المتواتر . وقال عليه الصلاة والسلام : من صافح أخاه المسلم وحرك يده تشارت ذنوبه .

فصل في البيع

قال (ولا بأس ببيع السرقين ويكره بيع العلوة) وقال الشافعي رحمه الله : لا يجوز بيع السرقين أيضا لأنه نجس العين فشابه العلوة وجلد الميتة قبل التدبغ ، ولنا أنه متنع به لأنه ياتي في الأراضي لاستحلال الربيع ، فكان مالا والمسال محل البيع بخلاف العلوة لأنه لا ينفع بها إلا مخلوطا ويجوز بيع المخلوط هو المروى من محمد رحمه الله وهو الصحيح ، وكلما يجوز الانتفاع بالمخلوط لا يغير المخلوط في الصحيح والمخلوط بمنزلة زيت خالطته النجاسة . قال (ومن علم بجمارية أنها لرجل فرأى آخر يبيعهما وقال وكلني صاحبها يبيعهما فإنه يسمه أن يتناحها وبطأها) لأنه أخبر بغير صحيح لا منازع له ، وقول الواحد في المعاملات مقبول على أي وصف كان لما مر من قبل ، وكلنا إذا قال اشتريتها منه أو وهبها لي أو تصدق بها عليّ لما قلنا ، وهذا إذا كان ثقة ، وكلنا إذا كان غير ثقة وأكبر رأيه أنه صادق ، لأن حيلة الخبر في المعاملات غير لازمة للحاجة على مأمور ، وإن كان أكبر رأيه أنه كاذب لم يسم له أن يتعرض لشيء من ذلك لأن أكبر الرأي بقاء مقام اليقين ، وكلنا إذا لم يعلم أنها لفلان ولكن أخبره صاحب اليد أنها لفلان وأنه وكله ببيعهما أو اشتراها منه ، وأخبر ثقة قبل قوله وإن لم يكن ثقة يعتبر أكبر رأيه لأن إخباره حجة في حقه وإن لم يخبره صاحب اليد بشيء فإن كان عرفها للأول لم يشتريها ، حتى يعلم انتقالها إلى ملك الثاني ، لأن يد الأول دليل ملكه ، وإن كان لا يعرف ذلك له أن يشتريها ، وإن كان ذو اليد قاسقا لأن يد القاسق دليل الملك في حق القاسق والعدل ولم يعارضه معارض ولا معتبر بأكثر الرأي عند وجود الدليل الظاهر ، إلا أن يكون مثله لا يملك مثل ذلك فحينئذ يستحب له أن يشتريه ومع ذلك لو اشتراها يربح أن يكون في سعة من ذلك لاعتقاده الدليل الشرعي ، وإن كان الذي أنابه بها جهلا أو لم يقبلها ولم يشتريها حتى يسأل لأن المملوك لا يملك له ، فيعلم أن الملك فيها لغيره فإن أخبره أن مولاه أذن له وهو ثقة قبل ، وإن لم يكن ثقة يعتبر أكبر الرأي وإن لم يكن له رأى لم يشتريها لقيام الحاجر فلا بد من دليل .

قال (ولو أن امرأة أخبرها ثقة أن زوجها الغائب مات عنها أو طلقها ثلاثا أو كان غير ثقة وأنها بكتاب من زوجها بالطلاق . ولا تدرى أنه كتاب أم لا إلا أن أكبر رأيه أنه حق) يعني بعد التحري (فلا بأس بأن تده ثم تزوج) لأن القاطع طوئى ، ولا منازع وكلنا لو قالت لرجل : طلقني زوجي وانقضت عدتي فلا بأس أن يزوجه ، وكلنا إذا قالت

المطلقة الثلاث انقضت على وزوجت آخر ودخل في ، ثم طلقني وانقضت على فلا بأس بأن يتزوجها الزوج الأول ، وكذا لو قالت جارية كنت أمة لفلان ، فاعتقني لأن القاطع طارى ، ولو أخبرها غير أن أصل النكاح كان فاسداً أو كان الزوج حين تزوجها مرتدة أو أخذها من الرضاة لم يقبل قوله ، حتى يشهد بذلك رجلان أو رجل وامرأتان ، وكذا إذا أخبره غير أنك تزوجتها ، وهي مرتدة أو أختك من الرضاة لم يتزوج بأختها أو أربع سواها ، حتى يشهد بذلك عدلان لأنه أخبر بفساد مقارن والإقدام على العقد يدل على صحته ، وإنكار فساده فثبت المنازع بالظاهر بخلاف ما إذا كانت المنكوحة صغيرة فأخبر الزوج أنها ارتضعت من أمه أو أخته حيث يقبل قول الواحد فيه ، لأن القاطع طارى ، والإقدام الأول لا يدل على انعدامه ، فلم يثبت المنازع فافترقا ، وعلى هذا الحرف يدور الفرق ولو كانت جارية صغيرة لا تعتبر عن نفسها في يد رجل يدعى أنها له فلما كبرت لقبها رجل في بلد آخر فقالت أنا حرة الأصل لم يسعه أن يتزوجها لتحقيق المنازع وهو ذو اليد بخلاف ما تقدم .

قال (وإذا باع المسلم خرا وأخذ ثمنها وعليه دين فإنه يكره لصاحب الدين أن يأخذ منه ، وإن كان البائع نصرانياً فلا بأس به) والفرق أن البيع في الوجه الأول قد بطل لأن النحر ليس بمال متقوم في حق المسلم في حق الثمن على ملك المشتري فلا يعمل أخذه من البائع وفي الوجه الثاني صح البيع لأنه مال متقوم في حق الله فله البائع فيحل الأخذ منه ؛ قال (ويكره الاحتكار في أقوات الآدميين والبهائم إذا كان ذلك في بند يضر الاحتكار بأهله ، وكذلك التثني فأما إذا كان لا يضر فلا بأس به) والأصل فيه قوله عليه الصلاة والسلام : الجانب مرزوق والمحتكر ملعون ، ولأنه يتعلق به حق العامة ؛ وفي الامتناع عن البيع إبطال حقهم وتضييق الأمر عليهم فيكره إذا كان يضر بهم ذلك بأن كانت البلدة صغيرة بخلاف ما إذا لم يضر بأن كان المصر كبيراً لأنه حابس ملكه مع غير إضرار بغيره وكذا التثني على هذا التفصيل لأن النبي عليه الصلاة والسلام نهى عن تثني الجلب ، وعن تثني الركبان ، قالوا : هذا إذا لم يلبس التثني على التجار سمر البلدة فإن لبس فهو مكروه في الوجهين لأنه غادر بهم وتخصيص الاحتكار بالأقوات كالخطة والشعير والتبن والقت قول أبي حنيفة رحمه الله ، وقال أبو يوسف رحمه الله : كل ما أضر بالعامه حبه فهو احتكار وإن كان ذهباً أو فضة أو ثوباً ، وعن محمد رحمه الله أنه قال : لا احتكار في الخباب . فأبو يوسف رحمه الله اعتبر حقيقة الضرر ، إذ هو المؤثر في الكراهة ، وأبو حنيفة رحمه الله

اعتبر الضرر المجهود المتعارف ، ثم المدة إذا قصرت لا يكون احتكارا لعدم الضرر ، وإذا طالت يكون احتكارا مكروها لتحقيق الضرر ، ثم قيل هي مقدرة بلربعين يوما لقول النبي عليه الصلاة والسلام « من احتكر طعاما أربعين ليلة فقد برى من الله وبرى الله منه » وقيل بالشهر لأن مادونه قليل عاجل والشهر وما فوقه كثير أجل ، وقد مر في غير موضع ، ويقع التفاوت في المأثم بين أن يتربص العزة وبين أن يتربص القحط والعياذ بالله وقيل المدة للمعاقبة في الدنيا ، أما يأثم وإن قلت المدة . والحاصل أن التجارة في الطعام غير محمودة .

قال (ومن احتكر غلة ضيعته أو ما جليه من بلد آخر فليس بمحتكر) أما الأول غير فلائنه خالص حقه لم يتعلق به حق العامة ألا ترى أن له أن لا يزرع ، فكذلك له أن لا يبيع وأما الثاني فالمدكور قول أبي حنيفة رحمه الله لأن حق العامة إنما يتعلق بما جمع في المصر وجلب إلى فنائها ، وقال أبو يوسف رحمه الله : يكره لإطلاق ماروينا ، وقال محمد رحمه الله : كل ما يجلب منه إلى المصر في الغالب ، فهو بمنزلة فناء المصر يحرم الاحتكار فيه لتعلق حق العامة به بخلاف ما إذا كان البلد بعيدا لم تجر العادة بالحمل منه إلى المصر لأنه لم يتعلق به حق العامة .

قال (ولا ينبغي للسلطان أن يسعر على الناس) لقوله عليه الصلاة والسلام « لا تسعروا فإن الله هو المسعر القابض الباسط الرازق » ولأن الثمن حق العاقد ، فلا يله تقديره فلا ينبغي للإمام أن يتعرض لحقه إلا إذا تعلق به دفع ضرر العامة على مانئين ، وإذا رفع إلى القاضي هذا الأمر يأمر المحتكر ببيع ما فضل عن قوته وقوت أهله على اعتبار السعة في ذلك ، وبإنها عن الاحتكار ، فإن رفع إليه مرة أخرى حبسه وعزره على ما يرى زجرا له ، ودفع الضرر عن الناس ، فإن كان أرباب الطعام يتحككون ويتعمدون عن القيمة تعديا فحشا ، وحجج القاضي عن صيانة حقوق المسلمين إلا بالتسكير ، فحينئذ لا بأس به بمشورة من أهل الرأي والبصيرة ، فإذا فعل ذلك وتعدي رجل عن ذلك وباع بأكثر منه أجازاه القاضي ، وهذا ظاهر عند أبي حنيفة رحمه الله ، لأنه لا يرى الحجر على الحر وكذا عندهما إلا أن يكون الحجر على قوم بأعيانهم ، ومن باع منهم بما قدره الإمام صح لأنه غير مكروه على البيع ، وهل يبيع القاضي على المحتكر طعامه من غير رضاه؟ قيل هو على الاختلاف الذي عوف في بيع مال المديون ، وقيل يبيع بالاتفاق لأن أبا حنيفة رحمه الله يرى الحجر لدفع ضرر عام وهذا كذلك .

قال (ويكره بيع السلاح في أيام الفتنة) ، مناه ممن يعرف أنه من أهل الفتنة لأنه تسيب إلى المعصية ، وقد بيناه في السبر وإن كان لا يعرف أنه من أهل الفتنة لا بأس بذلك لأنه يحصل أن لا يصحله في الفتنة فلا يكره بالشك .

قال (ولا بأس ببيع المصبر ممن يعلم أنه يتخذه خيرا) لأن المعصية لا تنقام بعينه بل بعد تغييره بخلاف بيع السلاح في أيام الفتنة لأن المعصية تقوم بعينه .

قال (ومن أجرينا لتيخذ فيه بيت نار أو كنيسة أو بيعة أو يباع فيه الخمر بالسواد فلا بأس به) وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله ، وقالوا : لا ينبغي أن يكره لشيء من ذلك ، لأنه إهانة على المعصية ، وله أن الإجارة ترد على متعة البيت ، ولهذا تجب الأجرة بمجرد التسليم ولا معصية فيه ، وإنما المعصية بفعل المستاجر وهو يختار فيه قطع نسجه عنه وإنما قيده بالسواد ، لأنهم لا يمكنون من اتخاذ البيع والكنائس وإظهار بيع الخمر والخنازير في الأمصار لظهور شعار الإسلام فيها بخلاف السواد ، قالوا : هذا كان في سواد الكوفة لأن غالب أهلها أهل اللذة ، فأما في سوادنا فأعلام الإسلام فيها ظاهرة ، فلا يمكنون فيها أيضا وهو الأصح .

قال (ومن حل لذي خرا فإنه يطيب له الأجر عند أبي حنيفة رحمه الله ، وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله : يكره له ذلك) لأنه إهانة على المعصية ، وقد صح أن النبي عليه الصلاة والسلام لمن في الخمر عشرا : حاملها والمحمل إليه ، له أن المعصية في شربها وهو فعل فاعل مخفار وليس الشرب من ضرورات الحمل ولا يقصد به ، والحديث عمول على الحمل المقرون بقصد المعصية .

قال (ولا بأس ببيع بناء بيوت مكة ويكره بيع أرضها) وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله وقال لا بأس ببيع أرضها أيضا ، وهذا رواية عن أبي حنيفة رحمه الله لأنها مملوكة لهم لظهور الاختصاص الشرعي بها فصار كالبناء . ولأبي حنيفة قوله عليه الصلاة والسلام « ألا إن مكة حرام لا تباع رباها ولا تورث » ولأنها حرة محترمة لأنها فناء الكعبة ، وقد ظهر آية أثر التعظيم فيها ، حتى لا ينفر صيدها ، ولا يحتل خلاها ولا يقصد شوكها ، فكذلك في حق التليخ بخلاف البناء ، لأنه محالص ملك الباني ، ويكره إجارتها أيضا لقوله عليه الصلاة والسلام « من أجر أرض مكة فكأنما أكل الربا » ولأن أراضي مكة تسمى للسواب على عهد رسول الله عليه الصلاة والسلام من احتاج إليها سكنها ، ومن استغنى عنها أسكن

غيره (ومن وضع درهما عند يقال يأخذ منه . اشاء يكره له ذلك) لأنه ملكة فرضاً
جر به نفعاً وهو أن يأخذ منه ماشاء حالاً فحالا ، ونهى رسول الله عليه الصلاة والسلام عن
فرض جر نفعاً ، وينبغي أن يستودعهم يأخذ منه ماشاء جزءاً فجاء لأنه ودبعة وليس بقرض
حتى لو هلك لأشئ على الآخذ والله اعلم .

مسائل متفرقة

قال (ويكره التعشير والنقط في المصحف) لقول ابن مسعود رضى الله عنه : جردوا
القرآن وروى جردوا المصاحف ، وفي التعشير والنقط ترك التجريد ، لأن التعشير يخل
بمحظ الآي والنقط يحفظ الأعراب انكالا عليه فيكره . قالوا في زماننا لا بد للعجم من دلالة
فترك ذلك إخلال بالحفظ وهجران القرآن فيكون حسناً

قال (ولا بأس بتحلية المصحف) لما فيه من تعظيمه وصار كتفش المسجد وتزيينه
بماء الذهب ، وقد ذكرناه من قبل :

قال (ولا بأس بأن يدخل أهل الذمة المسجد الحرام) وقال الشافعي رحمه الله : يكره
ذلك وقال مالك رحمه الله : يكره في كل مسجد ، للشافعي رحمه الله قوله تعالى - إنما
المشركون نجس فلا يقربوا المسجد الحرام بعد علمهم هذا - ولأن الكافر لا ينجس عن
جنابة لأنه لا يغتسل اغتسالاً يخرج عنه ، والجنب يجنب المسجد وهذا ينجس مالك ،
والتعليل بالنجاسة عام فينتظم المساجد كلها . ولنا ما روى أن النبي عليه الصلاة والسلام أنزل
وفد ثقيف في مسجده وهم كفار ، ولأن الحبث في اعتقادهم فلا يؤدي إلى تلويث
المسجد ، والآية محمولة على الحضور استيلاء واستعلاء أو طائفين عراة كما كانت
عادتهم في الجاهلية .

قال (ويكره استخدام الخصيان) لأن الرغبة في استخدامهم حث الناس على هذا
الصنيع وهو مثله محرمة .

قال (ولا بأس بانحصاء البهائم وإزاء الحمير على الخيل) لأن في الأول منعة للبيسة
والناس ، وقد صرح وأن النبي عليه الصلاة والسلام ركب البعثة فلو كان هذا الفعل حراماً
لما ركبها لما فيه من قطع بابه .

قال (ولا بأس بعبادة اليهودى والنصرانى) لأنه نوع برّ في حقهم وما نهينا عن ذلك ، وقد صرح أن النبي عليه الصلاة والسلام عاد يهوديا مرض بجواره .

قال (ويكره أن يقول الرجل في دعائه أسألك بمعقد العز من عرشك) وللمسئلة خبرتان هذه ومعقد العز ولا رب في كراهية الثانية لأنه من العقود ، وكذا الأولى لأنه يوم تعلق عزه بالعرش وهو يحدث والله تعالى بجميع صفاته قديم . وعن أبي يوسف رحمه الله أنه لا بأس به ، وبه أخذ القتيبي أبو الليث رحمه الله لأنه مأثور عن النبي عليه الصلاة والسلام روى أنه كان من دعائه اللهم إني أسألك بمعقد العز من عرشك ومتبى الرحمة مع كتابك وباسمك الأعظم وجدك الأعلى وكلباتك التامة ، ولكنا نقول هذا خبر واحد فكان الاحتياط في الامتناع . (ويكره أن يقول الرجل في دعائه بحق فلان أو بحق أنبيائك ورسلك) لأنه لاحق للمخلوق على الخالق .

قال (ويكره اللعب بالشطرنج والترد والأربعة عشر وكل هو) لأنه إن قام بها فاليسر حرام بالنسب وهو اسم لكل قمار ، وإن لم يقامر بها فهو عبث وهو ؛ وقال عليه الصلاة والسلام ، هو المؤمن باطل إلا الثلاث تأديبه لفرسه ومناصلته عن قومه وملاعبته مع أهله ، وقال بعض الناس : يباح اللعب بالشطرنج لما فيه من تشييد الخواطر وتذكية الأنهام ، وهو محكى عن الشافعى رحمه الله . لنا قوله عليه الصلاة والسلام ، من لعب بالشطرنج والترد شير فكاأما غمس يده في دم الخنزير ، ولأنه نوع لعب يصدّ عن ذكر الله وعن الجمع والجماعات فيكون حراما لقوله عليه الصلاة والسلام ، « أهلك عن ذكر الله فهو مبسر » ثم إن قامر به تسقط عدائته وإن لم يقامر لاتسقط لأنه تناول فيه ، وكره أبو يوسف وعبد التسليم عليهم تحذيرا لهم ، ولم ير أبو حنيفة رحمه الله به بأسا ليشغلهم عما هم فيه .

قال (ولا بأس بقبول هدية العبد التاجر وإجابة دعوته واستعارة دابته ، وتكره كسوته الثوب وهديته الدراهم والدنانير) وهذا استحسان ، وفي القياس كل ذلك باطل لأنه تبرّع وللعبد ليس من أهله : وجه الاستحسان أنه عليه الصلاة والسلام قبل هدية سلمان بنى رضي الله عنه حين كان عبدا ، وقبل هدية بريرة رضي الله عنها وكانت مكاتبه . وأجاب رطمن الصحابة رضي الله عنهم دعوة مولى أبي أسيد وكان عبدا ، ولأن في هذه الأشياء ضرورة لا يبعد التاجر بدا منها . ومن ملك شيئا يملك ما هو من ضروراته ولا ضرورة في الكسوة وإهداء الدراهم في أصل القياس .

قال (ومن كان في يده لقيط لا أب له فإنه يجوز قبضه الحبة والصدقة له) وأصل هذا أن الصرف على الصغار أنواع ثلاثة: نوع هو من باب الولاية لا يملكه إلا من هو ولي كالإنسكاح والشراء والبيع لأموال القنية لأن الولي هو الذي قام مقامه بآثابة الشرع ، ونوع آخر : ما كان من ضرورة حال الصغار ، وهو شراء مالا بد للصغير منه وبيع وإجارة الآطال ، وذلك جائز ممن يعونه وينفق عليه كالأخ والم والأم والمملوق إذا كان في حجرهم وإذا ملك هؤلاء هذا النوع فالولي أولى به إلا أنه يشترط في حق الولي أن يكون الصبي في حجره . ونوع ثالث : ما هو نفع محض كقبول الحبة والصدقة والقبض فهذا يملكه المملوق والأخ والم والصبي نفسه إذا كان يعقل ، لأن اللاتق بالحكمة فتع باب مثله نظرا للصبي فيملك بالعقل والولاية والحجر وصار بمنزلة الإتفاق .

قال (ولا يجوز للمملوق أن يؤجره ، ويجوز للام أن تؤجر ابنها إذا كان في حجرها ، ولا يجوز للم) لأن الأم تملك إتلاف منافعها باستخدامه ولا كذلك المملوق والم (ولو أجزر للصبي نفسه لا يجوز) لأنه مشوب بالضرر (إلا إذا فرغ من العمل) لأن عند ذلك تمحض نفعاً فيجب المسمى وهو نظير العبد المحجور يؤجر نفسه وقد ذكرناه .

قال (ويكره أن يعمل الرجل في عتق عبده الراية) وروى الداية وهو طوق الحديد الذي يمتعه من أن يحرك رأسه ، وهو معتاد بين الظلمة لأنه عقوبة أهل النار فيكره كالإحراق بالنار (ولا يكره أن يقبده) لأنه سنة المسلمين في السفهاء ، وأهل الدعارة فلا يكره في العبد تحمزا عن إياقه وصيانة لماله .

قال (ولا بأس بالحفنة يريد به التداوى) لأن التداوى مباح بالإجماع وقد ورد باباحته الحديث ، ولا فرق بين الرجال والنساء إلا أنه لا ينبغي أن يستعمل المحرم كالخمر ونحوها لأن الاستشفاء بالمحرم حرام : قال (ولا بأس برزق القاضى) لأنه عليه الصلاة والسلام بعث عتاب بن أسيد إلى مكة وفرض له وبعث عليا إلى اليمن وفرض له ولأنه محبوس لحق المسلمين فتكون نفقته في ملهم وهو مال بيت المال ، وهذا لأن الحبس من أسباب الضيقة كما في الوصى والمضارب إذا سافر بمال المضاربة ، وهذا فيما يكون كفاية ، فإن كان شرطا فهو حرام لأنه استتجار على الطاعة إذ القضاء طاعة بل هو أفضلها ، ثم القاضى إذا كان فقيرا فالأفضل بل الواجب الأخذ لأنه لا يمكنه إقامة فرض القضاء إلا به إذ الاشتغال بالكسب يعمده عن إقامته ، وإن كان غنيا فالأفضل الامتناع على ما قيل

وفقا بيت المال ، وقيل الأخذ ، وهو الأصح صيانة للقضاء عن الموان ونظرا لمن يولى بعده من المحتاجين ، لأنه إذا انقطع زمانا يتعذر إعادته ثم تسميته رزقا يدل على أنه بقدر الكفاية ، وقد جرى الرسم باعطائه في أول السنة لأن الخراج يؤخذ في أول السنة وهو يعطى معه ، وفي زماننا الخراج يؤخذ في آخر السنة ، والمأخوذ من الخراج خراج السنة الماضية هو الصحيح ، ولو استوفى رزق سنة وعزل قبل استكمالها ، قبل هو على اختلاف معروف في نفقة المرأة إذا ماتت في السنة بعد استكمال نفقة السنة ، والأصح أنه يحسب الرد .

قال (ولا بأس بأن تسافر الأمة وأم الولد بغير حرم) لأن الأجانب في حق الإمام فيها يرجع إلى النظر والمس بمنزلة الحرم على ما ذكرنا من قبل ، وأم الولد أمة لقيام الملك فيها وإن امتنع بيعها والله أعلم بالصواب .

كتاب إحياء الموات

قال (الموات ما لا ينتفع به من الأراضي لانقطاع الماء عنه أو لغلبة الماء عليه أو ما أشبه ذلك مما يمنع الزراعة) سمي بذلك لبطلان الانتفاع به .

قال (فإكان منها عاديا لأمالك له أو كان مملوكا في الإسلام لا يعرف له مالك بعينه ، وهو بعيد من القرية بحيث إذا وقف إنسان من أقصى العامر فصاح لا يسمع الصوت فيه فهو موات) قال رضي الله عنه : هكذا ذكره القنورى ، ومعنى العادى ما قدم خرابه . والمروى عن محمد رحمه الله أنه يشترط أن لا يكون مملوكا لمسلم أو ذى مع انقطاع الارتفاق بها ليكون مية مطلقا .

فأما التى هى مملوكة لمسلم أو ذى لا تكون مواتا ، وإذا لم يعرف مالكة يكون للجماة للمسلمين ، ولو ظهر له مالك يرد عليه ويضمن الزارع نقصانها والبعيد عن القرية على ما قال شرطه أبو يوسف ، لأن الظاهر أن ما يكون قريبا من القرية لا ينقطع ارتفاق أهلها عنه فيبدل الحكم عليه . ومحمد رحمه الله اعتبر انقطاع ارتفاق أهل القرية عنها حقيقة ، وإن كان قريبا من القرية كذا ذكره الإمام المعروف بخواهر زاده ، وشس الأئمة السرخسى رحمه الله اعتمد على ما اختاره أبو يوسف رحمه الله (ثم من أحياء بإذن الامام ملكه ، وإن أحياء بغير إذنه لم يملكه عند أبى حنيفة رحمه الله ، وقالوا : يملكه)

قوله عليه الصلاة والسلام « من أحيأ أرضاً ميتة فهي له » ، ولأنه نال مباح سقت يده إليه فيملكه كما في الخطب والصيد . ولأبي حنيفة رحمه الله قوله عليه الصلاة والسلام « ليس للمرء إلا ما طابت نفس إمامه به » . وما روياء يحتمل أنه إذن . لقوم لا نصب لشرع ، ولأنه ممنوم لو وصوله إلى يد المسلمين بإيجاف الخيل والركاب فليس لأحد أن يختص به بدون إذن الإمام كما في سائر الفنائم ويجب فيه العشر ، لأن ابتداء توظيف الخراج على المسلم لا يجوز إلا إذا سقاه بماء الخراج لأنه حينئذ يكون إيقاع الخراج على اعتبار الماء ، فلو أحيأها ثم تركها فزرعها غيره فقد قبل الثاني أحق بها لأن الأول ملك استغلاها لا رقيتها فإذا تركها كان الثاني أحق بها ، والأصح أن الأول يزرعها من الثاني ، لأنه ملكها بالإحياء على ما نطق به الحديث إذ الإضافة فيه بلام التملك وملكه لا يزول بالترك ، ومن أحيأ أرضاً ميتة ثم أحاط الإحياء بمواطنها الأربعة من أربعة نفر على التعاقب فمن حمد رحمه الله أن طريق الأول في الأرض الرابعة لتعنيها لطريقه وقصد الرابع إسقاط حقه .

قال (وملكك الذي بالإحياء كما يملكه المسلم) لأن الإحياء سبب الملك إلا أن عند أبي حنيفة رحمه الله إذن الإمام من شرطه فيستويان فيه كما في سائر أسباب الملك حتى الاستيلاء على أصلنا .

قال (ومن حجر أرضاً ولم يعمرها ثلاث سنين أخذها الإمام ودفعها إلى غيره) لأن المدفع إلى الأول كان ليعمرها فتحصل المنفعة للمسلمين من حيث العشر أو الخراج فإذا لم تحصل يدفع إلى غيره تحصيلاً للمقصود ، ولأن التحجير ليس بأحياء لملكه به لأن الإحياء إنما هو المارة والتحجير الإعدام ، سمى به لأنهم كانوا يعلمونه بوضع الأحجار حوله أو يعلمونه لحجر غيرهم عن إحيائه فبقي غير مملوك كما كان هو الصحيح ، وإذما شرط ترك ثلاث سنين لقول عمر رضي الله عنه « ليس لمتهجر بعد ثلاث سنين حق » ، ولأنه إذا علمه لا بد من زمان يرجع فيه إلى وطنه وزمان يبيع أموره فيه ثم زمان يرجع فيه إلى ما هجر فقد رناه ثلاث سنين لأن ما دونها من الساعات والأيام والشهور لا يفي بذلك وإذا لم يحضر بعد انقضائها فالظاهر أنه تركها .

قالوا : هذا كله ديانة فأما إذا أحيأها غيره قبل هذه المدة ملكها لتحقق الإحياء منه دون الأول فصار كالاستيلاء فإنه يكره ، ولو فعل يجوز العقد ثم التحجير قد يكون

بغير الحجر بأن غرز حولها أغصانا يابسة أو تقي الأرض وأحرق ما فيها من الشوك أو خفد ما فيها من الحشيش أو الشوك وجعلها حولها وجعل التراب عليها من غير أن يتم المتأثرة لينع الناس من الدخول أو حفر من بئر ذراعا أو ذراعين وفي الأخير ورد الخبر ، ولو كرهها وسقاها فمن محمد رحمه الله أنه إحياء ، ولو فعل أحدهما يكون تحجيرا ولو حفر أنهارها ، ولم يسقها يكون تحجيرا وإن كان سقاها مع حفر الأنهار كان إحياء لوجود الفلغلين ولو حوطها أو ستمها بحيث يعصم الماء يكون إحياء لأنه من جملة البناء وكذا إذا بلدها .

قال (ولا يجوز إحياء ما قرب من العامر ويترك مرعى لأهل القرية ومطرحا لحصائدهم) لتحقق حاجتهم إليها حقيقة أو دلالة على ما بيناه ، فلا يكون مواتا لتعلق حقهم بها بمنزلة الطريق والثر ، وعلى هذا قالوا لا يجوز أن يقطع الإمام ما لا غنى بالمسلمين عنه كالملح والآبار التي يستقى الناس منها لما ذكرنا .

قال (ومن حفر بئرا في بركة فله حريمها) ومعناه إذا حفر في أرض موات فلاذن الإمام عنده أو بإذنه أو بغير إذنه عندها لأن حفر البئر إحياء .

قال (وإن كانت للعطن فحريمها أربعون ذراعا) لقوله عليه الصلاة والسلام « من حفر بئرا فله مما حولها أربعون ذراعا عطنا لما شئته » ثم قيل الأربعون من كل الجوانب . والصحيح أنه مع كل جانب لأن في الأراضي رخوة ويتحول الماء إلى ما حفر دونها (وإن كانت للناضح فحريمها ستون ذراعا ، وهذا عندهما ، وعنده أبي حنيفة رحمه الله أربعون ذراعا) لما قوله عليه الصلاة والسلام « حريم العين خمسمائة ذراع » وحريم بئر العطن أربعون ذراعا وحريم بئر الناضح ستون ذراعا ، ولأنه قد يحتاج فيه إلى أن يسير دابته للاستقاء وقد يطول الرشاء وبئر العطن للاستقاء منه بيده فقلت الحاجة فلا بد من التفاوت ، وله ما روينا من غير فصل العام المتفق على قبوله والعمل به أولى عنده من الخاص المختلف في قبوله والعمل به ولأن القياس بأبي استحقاق الحريم لأن عمله في موضع الحفر والاستحقاق به ، ففيها اتفق عليه الحديثان تركناه ، وفيها تعارضا فيه حفظناه ، ولأنه قد يستقى من العطن بالناضح ومن بئر الناضح باليد فاستوت الحاجة فيهما ، ويمكنه أن يدير البئر حول البئر فلا يحتاج فيه إلى زيادة مسافة .

قال (وإن كانت عينا فحريمها خمسمائة ذراع) لما روينا ولأن الحاجة فيه إلى زيادة

مصابة لأن العين تستخرج للزراعة فلا بد من موضع يجري فيه الماء ومن حوض يجمع فيه الماء ومن موضع يجري فيه إلى المزرعة ، فلهذا يقدر بالزيادة والتقدير بخمسائة بالتوقيف ، والأصح أنه خمسائة ذراع من كل جانب كما ذكرنا في الطعن والذراع هو المكسرة وقد بيناه من قبل ، وقيل إن التقدير في العين والبئر بما ذكرناه في أراضيهم لصلابة بها وفي أوضاعنا رخاوة فيزاد كيلا يتحول الماء إلى الثاني فيستغل الأول .

قال (فمن أراد أن يحفر في حريمها منع منه) كيلا يؤدي إلى تفويت حقه والاخلال به ، وهذا لأنه بالخبر ملك الحريم ضرورة تمكنه من الانتفاع به ، فليس لغيره أن يصرف في ملكه ، فإن احضر آخر بئرا في حريم الأولى للأول أن يصلحه ويكبسه فبرئها ولو أراد أخذ الثاني فيه قيل له أن يأخذه بكبسه لأن إزالة جناية حفره به كما في الكناعة يلحقها في دار غيره فإنه يؤخذ برفعها ، وقيل : يضمنه التقصان ، ثم يكبسه بنفسه كما إذا هدم جدار غيره ، وهذا هو الصحيح ذكره في أدب القاضي للخصاف ، وذكر طريق معرفة التقصان ، وما عطب في الأولى ، فلا ضمان فيه ، لأنه غير متعد إن كان بإذن الإمام فظاهر وكذا إن كان بغير إذنه عندهما ، والعذر لأبي حنيفة رحمه الله أنه يجعل في الحفر تحجيرا ، وهو بسبيل منه بغير إذن الإمام وإن كان لا يملكه بدونه ، وما عطب في الثانية ففيه الضمان لأنه متعد فيه حيث حفر في ملك غيره . وإن حفر الثاني بئرا وراء حريم الأولى فذهب ماء البئر الأولى فلا شيء عليه لأنه غير متعد في حفرها ، وللثاني الحريم من الجوانب الثلاثة دون الجانب الأول لسبق ملك الحافر الأول فيه (والقناة لها حريم يقدر ما يصلحها) وعن محمد رحمه الله : أنه بمنزلة البئر في استحقاق الحريم ، وقيل هو عندهما وعنده لأحريم لما مالم يظهر الماء على الأرض : لأنه نهر في التحقيق ، فيعتبر بالنهر الظاهر .

قالوا : وعند ظهور الماء على الأرض هو بمنزلة عين فوارة فيقدر حريمه بخمسائة ذراع (والشجرة تنرس في أرض موات لها حريم أيضا حتى لم يكن لغيره أن يفرس شجرا في حريمها) لأنه يحتاج إلى حريم له يحد فيه ثمره ويضمنه فيه وهو مقدّر بخمسة أذرع من كل جانب به ورد الحديث .

قال (وما ترك الفرات أو البجلة وعدل عنه الماء ويجوز حوده إليه لم يجز إحيائه)

لحاجة العامة إلى كونه نهرا (وإن كان لا يجوز أن يعود إليه فهو كالموت إذا لم يكن حريما
لجابر) لأنه ليس في ملك أحد لأن قهر الماء يذبح قهر غيره وهو اليوم في يد الامام :

قال (ومن كان له نهر في أرض غيره فليس له حريم عند أبي حنيفة رحمه الله إلا أن
يقم بينة على ذلك ، وقالوا : له مسنة النهر يمشى عليها ، ويبنى عليها طينه) قيل هي
المسطة بناء على أن من حفر نهرا في أرض موات يأذن الإمام لا يستحق الحريم عنده ،
وعندهما يستحقه لأن النهر لا ينضغ به إلا بالحريم لحاجة إلى المشي لتسهيل الماء ولا يمكنه
المشي عادة في بطن النهر ، وإلى إلقاء الطين ، ولا يمكنه النقل إلى مكان بعيد إلا بمرج
فيكون له الحريم اعتبارا بالبر ، وله أن القياس يأباه على ما ذكرناه ، وفي البر حرفناه
بالأثر والحاجة إلى الحريم فيه فوقها إليه في النهر ، لأن الانضغاط بالماء في النهر ممكن
يدون الحريم ، ولا يمكن في البر إلا بالاستقاء ، ولا استقاء إلا بالحريم فتعذر الإلحاق .

ووجه البناء أن باستحقاق الحريم تثبت اليد عليه اعتبارا بما لقهر والقول لصاحب
اليد وبعدم استحقاقه تعدد اليد ، والظاهر يشهد لصاحب الأرض على ما نذكره إن
شاء الله تعالى ، وإن كانت مسطة مبتدأة ، فلهما أن الحريم في يد صاحب النهر باستمساكه
للماء به ، ولهذا لا يملك صاحب الأرض نقضه ، وله أنه أشبه بالأرض صورة ومعنى :
أما صورة : فلاستوائهما ومعنى : من حيث صلاحيته للفرس والزراعة ، والظاهر
شاهد من في يده ما هو أشبه به كائنين تنازعا في مصراع باب ليس في يدهما والمصراع
الآخر معلق على باب أحدهما يقضى للنهر في يده ما هو أشبه بالتنازع فيه والقضاء في موضع
الخلاص قضاء ترك ولا نزاع فيها به استمساك الماء إنما النزاع فيها وراءه مما يصلح للفرس
على أنه إن كان مستمساكا به ماء نهره فالآخر دافع به الماء عن أرضه والمنع من نقضه تعلق
حق صاحب النهر لا ملكه كالحائط لرجل ، ولآخر عليه جذوع لا يتمكن من نقضه
وإن كان ملكه .

(وفي الجامع الصغير : نهر لرجل إلى جنبه مسنة ، ولآخر خلف المسنة أرض
تفرقها وليست المسنة في يد أحدهما فهي لصاحب الأرض عند أبي حنيفة رحمه الله ،
وقالوا : هي لصاحب النهر حريما للمنى طينه وغير ذلك) وقوله وليست المسنة في يد أحدهما
مستاه : ليس لأحدهما عليه غرس ، ولا طين ملقى ، فينكشف بهذا اللفظ موضع الخلاف
أما إذا كان لأحدهما عليه ذلك فصاحب الشغل أولى ، لأنه صاحب يد ولو كان عليه

عرس لا يدرى من غرسه فهو من مواضع الخلاف أيضا ، ونمرة الاختلاف أن ولاية
الفرس لصاحب الأرض عنده وعندهما لصاحب النهر ، وأما إلقاء الطين فقد قيل إنه على
الخلاف ، وقيل : إن لصاحب النهر ذلك ما لم يفحش ، وأما المرور فقد قيل يمنع صاحب
النهر عنده ، وقيل : لا يمنع للضرورة .

قال الفقيه أبو جعفر : أخذ بقوله في الفرس ويقولها في إلقاء الطين ، لم عن أبي يوسف
رحم الله : أن حريمه مقدار نصف بطن النهر من كل جانب ، وعن محمد مقدار بطن النهر
من كل جانب وهذا أرفق بالناس .

فصول في مسائل الشرب

فصل في المياه

(وإذا كان لرجل نهر أو بئر أو قناة فليس له أن يمنع شيئا من الشفة ، والشفة : الشرب
لبنى آدم والبهائم) .

اعلم أن المياه أنواع منها : ماء البحار ، وشكل واحد من الناس فيها حتى اشتد ردى
الأراضي ، حتى إن من أراد أن يكرى نهرًا منها إلى أرضه لم يمنع من ذلك والانتفاع بماء
البحر كالإنتفاع بالشمس والقمر واهواء ، فلا يمنع من الانتفاع به على أى وجه شاء .

والثاني : ماء الأودية المغظام . كجيجون ، وسيحون ، ودجلة ، والفرات للناس فيه
حق الشفة على الإخلاق ، وحق سقى الأراضي فإن أحيا واحد أرضا ميتة وكرى منها نهرًا
لهبنيها إن كان لا يضر بالعمامة ، ولا يكون النهر في ملك أحد له ذلك لأنها مباحة في الأصل
إذ قهر الماء يدفع قهر غيره ، وإن كان يضر بالعمامة : فليس له ذلك ، لأن دفع الضرر
عنهم واجب ، وذلك في أن يميل الماء إلى هذا الجانب إذا انكسرت ضفته ، فيغرق القرى
والأراضي ، وعلى هذا نصب الرضى عليه : لأن شق النهر للرحى كشقة للسقي به .

والثالث : إذا دخل الماء في المقاسم فحق الشفة ثابت والأصل فيه قوله عليه الصلاة
والسلام : الناس شركاء في ثلاث الماء والكلا والنار ، وأنه ينتظم الشرب والشرب خص
منه الأول وبقي الثاني ، وهو الشفة ، ولأن البئر ونحوها مواضع للإحراز ، ولا يملك المباح
بدونه كالطبي إذا تسكن في أرضه ولأن في إلقاء الشفة ضرورة لأن الإنسان لا يمكنه
استصحاب الماء إلى كل مكان وهو محتاج إليه لنفسه وظهره فهو منع عنه أقصى إلى حرج

عظيم ، وإن أراد رجل أن يسقى بذلك أرضاً أحياءها كان لأهل النهر أن يمنعوه عنه
أمرهم أو لم يضر ، لأنه حق خاص لهم ولا ضرورة ، ولأننا لو أبغضنا ذلك لأنقطعت
منفعة الشرب .

والرابع : الماء المهرز في الأواني وأنه صار مملوكاً له بالإحراز ، وانقطع حق غيره عنه
كما في الصيد المأخوذ إلا أنه بقيت فيه شبهة الشركة نظراً إلى الدليل ، وهو ما روينا حتى
لوسرقه إنسان في موضع يزر وجوده ، وهو يساوى نصيباً لم تقطع يده ، ولو كان البئر أو
العين أو الخوض أو النهر في ملك رجل له أن يمنع من يريد الشفة من الدخول في ملكه إذا
كان يجد ماء آخر يقرب من هذا الماء في غير ملك أحد ، وإن كان لا يجد يقال لصاحب
النهر : إما أن تعطيه الشفة ، أو تتركه يأخذ بنفسه بشرط أن لا يكسر صفته ، وهذا مروي
عن الطحاوي رحمه الله ، وقيل ما قاله صحيح فيها إذا احتضر في أرض مملوكة له .

أما إذا احتضرها في أرض موات فليس له أن يمنعه ، لأن الموات كان مشتركاً والمخبر
لأحياء حتى مشترك ، فلا يقطع الشركة في الشفة ، ولو منع عن ذلك وهو يخاف على
نفسه أو ظهره العطش له أن يقاتله بالسلاح ، لأنه قصد إتلافه بمنع حقه وهو الشفة والماء
في البئر مباح غير مملوك بخلاف الماء المهرز في الأواني حيث يقاتله بغير السلاح ، لأنه قد
ملكه ، وكذا الطعام عند إصابة الخمصة ، وقبل في البئر ونحوها الأولى أن يقاتله بغير
سلاح بمصا ، لأنه ارتكب معصية فقام ذلك مقام التعزير له ، والشفة إذا كان يأتي على
الماء كله بأن كان جدولاً صغيراً ، وفيما يرد من الإبل والمواشي كثرة ينقطع الماء بشرها
فيل لا يمنع منه لأن الإبل لا تردها في كل وقت فصار كالمياومة وهو سبيل في قسمة
القرب ، وقيل له : أن يمنع اعتباراً بسقي المزارع ، والمساجر والجامع فتوبت حقه ،
ولهم أن يأخذوا الماء منه لغرضه وغسل الثياب في الصحيح ، لأن الأمر بالوضوء والغسل
فيه كما قيل يؤدي إلى الحج ، وهو مرفوع وإن أراد أن يسقى شجراً أو خضراً في داره
حلاً بجراره له ذلك في الأصح ، لأن الناس يتوسعون فيه ، ويعلمون المنع من الدعاة ،
وليس له أن يسقى أرضه وعقله وشجره من نهر هذا الرجل وبتره وقذاته إلا بإذنه نصاً ،
وله أن يمنعه من ذلك ، لأن الماء متى دخل في المقاسم انقطعت شركة الشرب بواحدة لأن
في إيقاعه قطع شرب صاحبه ولأن المسيل حق صاحب النهر والصفة تعلق بها حقه ،
فلا يمكن التسبيل فيه ولا شق الصفة فإن أذن له صاحبه في ذلك لو أعاره فلا بأس به .
لأنه حقه . فتجرب في الإباحة كالماء المهرز في إنائه ، والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب

فصل في كرى الأنهار

قال رضى الله عنه : الأنهار ثلاثة : نهر غير مملوك لأحد ، ولم يدخل مأؤه في المقاسم بعد كالفترات ونحوه ، ونهر مملوك دخل مأؤه في القسمة إلا أنه عام ، ونهر مملوك دخل مأؤه في القسمة وهو خاص والفصل بينهما استحقاق الشفة به وعدمه . فالأول : كربه على السلطان من بيت مال المسلمين لأن منفعة الكرى لهم فتكون مؤنة عليهم ، ويصرف إليه من مؤنة الخراج والجزية دون العشور والصدقات ، لأن الثاني للفقراء والأول للنواب فإن لم يكن في بيت المال شيء فالإمام يجبر الناس على كربه إحياء لمصلحة العامة إذ هم لا يقيمونها بأنفسهم ، وفي مثله قال عمر رضى الله عنه : لو تركتم لبعث أولادكم إلا أنه يخرج له من كان بطيقه ، ويجعل مؤنته على المياسير الذين لا يطيقونه بأنفسهم .

وأما الثاني : فكربه على أهله لأعلى بيت المال ، لأن الحق لهم والمنفعة تعود إليهم على الخصوص والخلوص ومن أبى منهم يجبر على كربه دفعا للضرر العام ، وهو ضرر بقية الشركاء وضرر الآبى خاص ويقابله عوض فلا يعارض به ، ولو أرادوا أن يحصنوه خيفة الانبثاق ، وفيه ضرر عام كغرق الأراضى وفساد الطرق يجبر الآبى وإلا فلا ، لأنه موهوم بخلاف الكرى لأنه معلوم .

وأما الثالث : وهو الخاص من كل وجه فكربه على أهله لما بينا ، ثم قيل : يجبر الآبى كما في الثاني ، وقيل لا يجبر لأن كل واحد من الضررين خاص ، ويمكن دفعه عنهم بالرجوع على الآبى بما اتفقوا فيه إذا كان بأمر القاضى ، فاستوت الجهتان بخلاف ما تقدم ولا يجبر لحق الشفة كما إذا امتنعوا جميعا ومؤنة كرى النهر المشترك عليهم من أعلاه ، فإذا جاوز أرض رجل رفع عنه وهذا عند أبى حنيفة رحمه الله ، وقالوا : هى عليهم جميعا من أوله إلى آخره بمخصص الشرب والأرضين ، لأن لصاحب الأعلى حقا في الأسفل لإحتياجه إلى تسهيل ما فضل من الماء فيه ، وله أن المقصد من الكرى الإنتفاع بالسقى ، وقد حصل لصاحب الأعلى ، فلا يلزمه إنفاع غيره وليس على صاحب المسيل عمارته ، كما إذا كان له مسيل على سطح غيره كيف وأنه يمكن دفع الماء عن أرضه بسده من أعلاه ثم إنما يرفع عنه إذا جاوز أرضه كما ذكرناه ، وقيل : إذا جاوز فوهة نهره وهو مروى عن محمد رحمه الله والأول أصح : لأن له رأيا في اتخاذ الفوهة من أعلاه وأسفله ، فإذا جاوز الكرى أرضه حتى مقطعت عنه مؤنته ، قيل له : أن يفتح الماء ليستى أرضه لانتفاء الكرى في حقه ،

وقيل : ليس له ذلك ما لم يفرغ شركاؤه نقياً لاختصاصه وليس على أهل الشقة من الكوى شئ لأنهم لا يحصون ولاهم أنباع .

فصل في الدعوى والاختلاف والتصرف فيه

قال (وتصح دعوى الشرب بين أرض استحصانا) لأنه قد يملك بدون الأرض إرثا وقد يبيع الأرض ويبقى الشرب له وهو مرغوب فيه فيصح فيه الدعوى .

قال (وإذا كان نهر لرجل يجرى في أرض غيره فأراد صاحب الأرض أن لا يجرى النهر في أرضه ترك على حاله) لأنه مستعمل له بإجراء مائه فثبت الاختلاف يسكون القول قوله ، فإن لم يكن في يده ولم يكن جاريا فعليه البيئة أن هذا النهر له أو أنه قد كان مجراه له في هذا النهر يسوقه إلى أرضه ليسقيا ، فيقضى له لإثباته بالحجة ملكا له أو حقا مستحقا فيه وعلى هذا المصعب في نهر أو على سطح أو الميزاب أو المشي في دار غيره فحكم الاختلاف فيها نظيره في الشرب .

قال (وإذا كان نهر بين قوم واختصموا في الشرب كان الشرب بينهم على قدر أراضيمهم) لأن المقصود الإنشاع بسقيا فيتقدر بقدره بخلاف الطريق لأن المقصود الطريق وهو في الدار الواسعة والضيقة على غلط واحد ، فإن كان الأعلى منهم لا يشرب حتى يسكر التهر لم يكن له ذلك لما فيه من إبطال حق الباقيين ولكنه يشرب بحصته فإن راضوا على أن يسكر الأعلى النهر حتى يشرب بحصته ، أو اصطالحوا على أن يسكر كل رجل منهم في نوبته جاز ، لأن الحق له إلا أنه إذا تمكن من ذلك بلوح لا يسكر بما ينكس به النهر من غير راض لكونه إضرارا بهم وليس لأحدهم أن يكرى منه نهرا أو ينصب عليه رحي ماء إلا برضا أصحابه لأن فيه كسر حصة النهر وشغل موضع مشترك بالبناء ، إلا أن يكون رحي لا يضر بالنهر ولا بالماء ويكون موضعها في أرض صاحبها ، لأنه تصرف في ملك نفسه ، ولا ضرر في حق غيره ومعنى الضرر بالنهر ما يئنه من كسر حصةه وبالماء أن يغير عن سنته الذي كان يجرى عليه والدالية والساية نظير الرحي ولا يتخذ عليه جسرا ولا قنطرة بمنزلة طريق خاص بين قوم بخلاف ما إذا كان لواحد نهر خاص بأخذ من نهر خاص بين قوم فأراد أن يقتطر عليه ويستوثق منه له ذلك أو كان مقنطرا مستنقلا فأراد أن يقتض ذلك ولا يزيد ذلك في أخذ الماء حيث يكون له ذلك ، لأنه يتصرف في مخالفته ملكه وضما ورضا ولا ضرر بالشركاء بأخذ زيادة الماء ، ومنع من أن يوسع ضم النهر

لأنه يكسر خفة النهر ويزيد على مقدار حقه في أخذ الماء ، وكلما إذا كانت القسمة بالكوى ، وكلما إذا أراد أن يوزعها من قم النهر ، فيجعلها في أربعة أذرع من إحتباس الماء فيه فيزداد دخول الماء فيه بخلاف ما إذا أراد أن يسفل كواه أو يرفعها حيث يكون له فلك في الصحيح ، لأن قسمة الماء في الأصل باعتبار سعة الكوة وضيقها من غير اعتبار السفل والرفع وهو العادة ، فلم يكن فيه تغيير موضع القسمة ، ولو كانت القسمة وقعت بالكوى فأراد أحدهم أن يقسم بالأيام ليس له ذلك ، لأن التقديم يترك على قلمه لظهور الحق فيه ، ولو كان لكل منهم كوى مسافة في نهر خاص ، ليس لواحد أن يزيد كوة وإن كان لا يضر بأهله لأن الشركة خاصة بخلاف ما إذا كانت الكوى في النهر الأصح لأن لكل منهم أن يشق نهرًا من ابتداء فكان له أن يزيد في الكوى بالطريق الأولى .

قال (وليس لأحد من الشركاء في النهر أن يسوق شربه إلى أرض له أخرى ليس لها في فلك شرب) لأنه إذا تقدم العهد يستدل به على أنه حقه .

قال (وكلما أراد أن يسوق شربه في أرضه الأولى ، حتى ينتهي إلى هذه الأرض الأخرى) لأنه يستوفى زيادة على حقه إذ الأرض الأولى تنشف بعض الماء قبل أن تنقى الأخرى وهو نظير طريق مشترك إذا أراد أحدهم أن يفتح فيه بابا إلى دار أخرى ساكنها غير ساكن هذه الدار التي يفتحها في هذا الطريق ، ولو أراد الأعلى من الشريكين في النهر الخاص وفيه كوى بينهما أن يسد بعضها دفعا لفيض الماء عن أرضه كيلا تنز ليس له ذلك لما فيه من الضرر بالآخر ، وكلما إذا أراد أن يقسم الشرب مناصفة بينهما ، لأن القسمة بالكوى تضمنت إلا أن يتراضيا لأن الحق لهما ، وبعد التراضي لصاحب الأسفل أن يقض ذلك ، وكلما لو رثته من بعده ، لأنه إجارة الشرب ، فإن مبادلة الشرب بالشرب باطلة والشرب بما يورث ويوصى بالاتفاق بعينه ، بخلاف البيع والهبة والصدقة والهبة بملك حيث لا تجوز هذه العقود ، إما الجهالة أو الغرر ، أو لأنه ليس بمال مقوم حتى لا يضمن إذا سقى من شرب غيره ، وإذا بطلت العقود فالوصية بالباطل باطلة ، وكلما لا يصلح مسمى في النكاح حتى يجب مهر المثل ، ولا في الخلع حتى يجب رد ما قبضت من الصداق لتفاحش الجهالة ولا يصلح بدل الصلح عن الدعوى لأنه لا يملك بغيره من العقود ، ولا يباع الشرب في دين صاحبه بعد موته بدون أرض كما في حال جهله ، وكيف يصنع الإمام ؟ الأصح أن يقسمه إلى أرض لا شرب لها فيقسمها بإذن صاحبها

ثم ينظر إلى قيمة الأرض مع الشرب ويدونه فيصرف الفضل إلى قضاء الدين وإن لم يجد ذلك اشترى على تركه المبت أرضا بنير شرب ، ثم ضم الشرب إليها وباعها فيصرف من الثمن إلى ثمن الأرض ويصرف الفضل إلى قضاء الدين (وإذا سقى الرجل أرضه أو غمرها ماء) أى ملأها (فقال من مائها في أرض رجل ففرقها أوزت أرض جاره من هذا الماء لم يكن عليه ضمانها) لأنه غير متعدي فيه ، والله أعلم .

كتاب الأشربة

سمى بها وهي جمع شراب لما فيه من بيان حكمها .

قال (والأشربة المحرمة أربعة : الخمر وهي عصير العنب إذا غلى واشتد وقطف بالزبد ، والمصير إذا طبخ حتى يذهب أقل من ثلثه) وهو الطلاء المذكور في الجامع الصغير (ونقيع النمز وهو للسكر ، ونقيع الزبيب إذا اشتد وغلى) أما الخمر فالكلام فيها في عشرة مواضع .

أحدها : في بيان ما يثبتها وهي النبيء من ماء العنب إذا صار مسكرا وهذا عندنا وهو المعروف عند أهل اللغة وأهل العلم . وقال بعض الناس : هو اسم لكل مسكر لقوله عليه الصلاة والسلام « كل مسكر خمر » وقوله عليه الصلاة والسلام « الخمر من هاتين الشجرتين » وأشار إلى الكرمة والنخلة ، ولأنه مشتق من غامرة العقل وهو موجود في كل مسكر ، ولنا أنه اسم خاص بأطباق أهل اللغة فيما ذكرناه ، ولهذا اشتهر استعماله فيه ، وفي غيره ، ولأن حرمة الخمر قطعية وهي في غيرها ظنية ، وإنما سمي خمرًا لتخميره ، لا لغامرته العقل على أن ما ذكرتم لا ينافي كون الاسم خاصا فيه فإن النجم مشتق من النجوم وهو الظهور ، ثم هو اسم خاص للنجم المعروف ، لا لكل ما ظهر ، وهذا كثير النظر والحديث الأوكل طعن فيه يجيى بن معين رحمه الله .

والثاني : أورد به بيان الحكم ؛ إذ هو اللائق بمنصب الرسالة . والثاني في حق ثبوت هذا الاسم ، وهذا الذى ذكره في الكتاب قول أبى حنيفة رحمه الله ، وعندهما إذا اشتد صار خمرًا ، ولا يشترط القذف بالزبد ، لأن الاسم يثبت به ، وكذا المعنى المحرم ، وهو المؤثر في الفساد بالاشتداد ، ولأبى حنيفة رحمه الله : أن الغليان بداية الشدة وكلاما يقلف الزبد وسكوته . إذ به يتميز الصافي من الكدر ، وأحكام الشرع قطعية فتناط بالنهاية

كلحد وإكثار المستحل وحرمة البيع ، وقيل : يؤخذ في حرمة الشرب بمجرد الاشتداد احتياطاً .

والثالث : أن عيها - حرام غير معلول بالسكر ولا موقوف عليه ، ومن الناس من أنكر حرمة عيها وقال : إن السكر منها حرام ، لأن به يحصل الفساد وهو الصدّ من ذكر الله وهذا كفر لأنه جحد الكتاب فإنه تعالى سماه رجساً ، والرجس ما هو محرم للمعين ، وقد جاءت السنة متواترة أن النبي عليه الصلاة والسلام حرم الخمر وعليه انعقد الإجماع ولأن قليله يدعو إلى كثيره ، وهذا من خواص الخمر ولهذا زداد لشاربه اللذة بالاستكثار منه بخلاف سائر المطعمات ، ثم هو غير معلول عندنا حتى لا يتعدى حكمه إلى سائر المسكرات ، والشلفى رحمه الله يعدّ به إليها ، وهذا بعيد لأنه خلاف السنة المشهورة وتعليقه لتعدية الاسم ، والتعليل في الأحكام لا في الأسماء .

والرابع : أنها نجسة نجاسة غليظة كالبول ثبوتها بالدلائل القطعية على ما بينا .

والخامس : أنه يكفر مستحلها لإنكاره الدليل القطعي .

والسادس : لسقوط تقومها في حق المسلم حتى لا يضمن متلفها وغاصبها ، ولا يجوز بيعها لأن الله تعالى لما نجسها فقد أهانتها والتقوم يشترعها . وقال عليه الصلاة والسلام : إن الذي حرم شربها حرم بيعها وأكل ثمنها ، واختلفوا في سقوط ماليتها ، والأصح أنه حال لأن الطبايع تميل إليها وتفضّلها ، ومن كان له على مسلم دين فأوفاه ثمن خر لا يجل له أن يأخذها وللمعديون أن يؤديه ، لأنه ثمن بيع باطل وهو خصب في يده أو أمانة على حسب ما اختلفوا فيه كما في بيع الميتة ، ولو كان الدين على ذي ، فإنه يؤديه من ثمن الخمر والمسلم الطالب يستوفيه لأن بيعها فيها بينهم جائز .

والسابع : حرمة الانتفاع بها لأن الانتفاع بالنجس حرام ولأنه واجب الاجتناب ، وفي الانتفاع به اقتراب .

والثامن : أن يعد شاربها وإن لم يسكر منها لقوله عليه الصلاة والسلام : « من شرب الخمر فاجلدوه ، فإن عاد فاجلدوه فإن عاد فاجلدوه فإن عاد فاقطعوه » إلا أن حكم القتل قد انتسخ فبق الجلد مشروعاً ، وعليه انعقد إجماع الصحابة رضي الله عنهم ، وتقديره ملاذكرناه في الحدود .

والتاسع : أن الطبايع لا يؤثر فيها لأنه لمنع من ثبوت الحرمة لالرفها بعد ثبوتها إلا أنه

لا يجد فيه مالم يسكر منه على ما قالوا لأن الحد بالقليل في النبيء خاصة لما ذكرناه وهذا قد طبخ .

والعاشر : جواز غطيها ، وفيه خلاف الشافعي رحمه الله وسنذكره من بعد إن شاء الله : هذا هو الكلام في الخمر .

وأما العصير إذا طبخ حتى يذهب أقل من ثلثه وهو المطبوخ أدنى طبخة ، ويسمى الباذق والنصف وهو مذهب نصفه بالطبخ ، فكل ذلك حرام عندنا إذا غلى واشتوقد فبالزبد أو إذا اشتد على الاختلاف . وقال الأوزاعي : إنه مباح وهو قول بعض المعتزلة لأنه مشروب طيب وليس خمر . ولنا أنه رقيق ملة مطرب ، ولنا يجتمع عليه الفساق فيحرم شربه دفعا للفساد المتعلق به .

وأما تقيع التمر وهو السكر وهو النبيء من ماء التمر أى الرطب فهو حرام مكروه . وقال شريك بن عبد الله : إنه مباح لقوله تعالى - تتخلون منه سكرا ورزقا حسنا - امتن علينا به وهو بالخرم لا يتحقق : ولنا إجماع الصحابة رضي الله عنهم ، وبدل عليه مروياته من قبل والآية محمولة على الابتداء إذ كانت الأثرية مباحة كلها ، وقيل أراد به التويخ معناه والله أعلم تتخلون منه سكرا وتدعون رزقا حسنا .

وأما تقيع الزبيب : وهو النبيء من ماء الزبيب فهو حرام إذا اشتد وغلى ويتأى فيه خلاف الأوزاعي ، وقد بينا المعنى من قبل إلا أن حرمة هذه الأثرية دون حرمة الخمر التي لا يكفر مستحلها ويكفر مستحل الخمر لأن حرمتها اجتهدية وحرمة الخمر قطعية ، ولا يجب الحد بشربها حتى يسكر ، ويجب شرب قطرة من الخمر ونجاستها خفيفة في رواية وغلظة في أخرى ونجاسة الخمر غليظة رواية واحدة ، ويجوز بيعها ويضمن مغلفها عند أبي حنيفة رحمه الله خلافا لهما فيهما ، لأنه مال مقوم وما شهدت دلالة قطعية بسقوط تقومها ، بخلاف الخمر غير أن عنده يجب قيمتها لا مثلها على ما عرف ، ولا ينفع بها بوجه من الوجوه لأنها محرمة . وعن أبي يوسف رحمه الله ، أنه يجوز بيعها إذا كان اللهاب بالطبخ أكثر من النصف دون الثلثين .

(وقال في الجامع الصغير : وما سوى ذلك من الأثرية فلا بأس به) قالوا هذا الجواب على هذا العموم ، والبيان لا يوجد في غيره وهو نص على أن ما يتخذ من الخنطة والشعر والعسل والذرة حلال عند أبي حنيفة رحمه الله ، ولا يجد شربه عنده وإن سكر

به ، ولا يقع طلاق السكران منه بمنزلة النائم ومن ذهب عقله بالبيع ولبن الرماح ، وعن محمد رحمه الله : أنه حرام ويعد شربه إذا سكر منه ويقع طلاقه إذا سكر منه كما في سائر الأشربة المحرمة (وقال فيه أيضا وكان أبو يوسف رحمه الله يقول : ما كان من الأشربة يبنى بعد ما يبلغ عشرة أيام ولا يفسد ظني أكرهه ثم رجع إلى قول أبي حنيفة رحمه الله) وقوله الأول مثل قول محمد رحمه الله إن كل مسكر حرام ، إلا أنه تفرد بهذا الشرط ، ومعنى قوله يبلغ : يغلى ويشد ، ومعنى قوله : ولا يفسد : لا يحمض ، ووجهه أن بقائه هذه المدة من غير أن يختص دلالة قوته وشدته فكان آية حرمة ، ومثل ذلك مروى عن ابن عباس رضي الله عنهما ، وأبو حنيفة رحمه الله يعتبر حقيقة الشدة على الحد الذي ذكرناه فبما يحرم أصل شربه ، وبما يحرم السكر منه على ما ذكره إن شاء الله تعالى ، وأبو يوسف رحمه الله رجع إلى قول أبي حنيفة رحمه الله فلم يحرم كل مسكر ووجه عن هذا الشرط أيضا .

(وقال في المختصر : ونبيذ القمر والزبيب إذا طبخ كل واحد منهما أدنى طبخة حلال) وإن اشتد إذا شرب منه ما يظب على ظنه أنه لا يسكره من غير هو ولا طرب ، وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله ، وعند محمد والشافعي رحمهما الله حرام ، والكلام فيه كالكلام في المثلث العنبي ، ونذكره إن شاء الله تعالى .

قال (ولا بأس بالخيلطين) لما روى عن ابن زياد أنه قال : صفاني ابن عمر رضي الله عنه شربة ما كدت أعتدى إلى منزلي فدخلت إليه من الغد فأخبرته بذلك فقال : ما ردناك على عجوة وزبيب وهذا نوع من الخيلطين وكان مطبوخا لأن المروى عنه حرمة نقيع الزبيب وهو القىء منه ، وما روى أنه عليه الصلاة والسلام نهى عن الجمع بين القمر والزبيب ، والزبيب والرطب ، والرطب والبسر محمول على حالة الشدة وكان ذلك في الابتداء .

قال (ونبيذ العسل والتبن ونبيذ الخنطة واللثة والشعر حلال وإن لم يطبخ) وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله إذا كان من غير هو وطرب لقوله عليه الصلاة والسلام : الخمر من هاتين الشجرتين ، وأشار إلى الكرمة والخنطة خص التحريم بهما والمراد ببيان الحكم ثم قيل يشترط الطبخ فيه لإباحته ، وقيل لا يشترط وهو المذكور في الكتاب ولأن قليله لا يدعو إلى كثيره كيفما كان وهل يعد في الشخص من الحبوب إذا سكر منه ؟ قيل لا يعد ، وقد ذكرنا الوجه من قبل :

قالوا : والأصح أنه يحد ، فإنه روى عن محمد رحمه الله فيمن سكر من الأشربة أنه يحد من غير تفصيل وهذا ، لأن الفساق يمتنعون عليه في زماننا اجتماعهم على سائر الأشربة بل فوق ذلك وكذلك المتخذ من الألبان إذا اشتد فهو على هذا ، وقيل إن المتخذ من لبن الرماك لا يحد أبي حنيفة اعتبارا بلحمه إذ هو متولد منه قالوا وإلا صح أنه يحد ، لأن كراهة لحمه لما في إباحته من قطع مادة الجهاد أو لاحترامه فلا يتعدى إلى لبنه :

قال (وعصير العنب إذا طبخ حتى ذهب ثلثاه وبقي ثلثه حلال وإن اشتد) وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف ، وقال محمد ومالك والشافعي رحمهم الله : حرام ، وهذا الخلاف فيها إذا قصد به التقوى : أما إذا قصد به التلهي فلا يحد بالافتاق ، وعن محمد مثل قولها وعنه أنه كره ذلك ، وعنه أنه توقف فيه ، فلم في إثبات الحرمة قوله عليه الصلاة والسلام « كل مسكر حرم » وقوله عليه الصلاة والسلام « ما أسكر كثيره فقليلة حرام » ، وروى عنه عليه الصلاة والسلام « ما أسكر الجزء منه فالجزء منه حرام » ولأن المسكر يفسد العقل فيكون حراما قليلا وكثيره كالخمر ، ولما قوله عليه الصلاة والسلام « حرمت الخمر لعينها » وروى « بعينها قليلا وكثيرها » والسكر من كل شراب ، خصي السكر بالتحريم في غير الخمر إذ العطف للمغايرة ، ولأن المقصد هو القدح المسكر ، وهو حرام عندنا ، وإنما يحرم القليل منه لأنه يدعو لرقته ولطافته إلى الكثير ، فأعطى حكمه والثلث لفظه لا يدعو وهو في نفسه غذاء فبقى على الإباحة والحديث الأول غير ثابت على ما بيناه ، ثم هو محمول على القدح الأخير ، إذ هو المسكر حقيقة ، والذي يصب عليه الماء بعد ما ذهب ثلثاه بالطبخ حتى يرق ، ثم يطبخ طبخة حكمه والثلث ، لأن صب الماء لا يزيد إلا ضمنا بخلاف ما إذا صب الماء على العصير ، ثم يطبخ حتى يذهب ثلثا الكل ، لأن الماء يذهب أولا للطافته أو يذهب منهما ، فلا يكون الذاهب ثلثي ماء العنب ، ولو طبخ العنب كما هو ثم يعصر يكتفى بأدنى طبخة في رواية عن أبي حنيفة رحمه الله . وفي رواية عنه : لا يحد ما لم يذهب ثلثاه بالطبخ وهو الأصح ، لأن العصير قائم فيه من غير تغير ، فصار كما بعد العصر ولو جمع في الطبخ بين العنب والتمر أو بين التمر والزبيب لا يحد ، حتى يذهب ثلثاه ، لأن التمر إن كان يكتفى فيه بأدنى طبخة فعصير العنب لا بد أن يذهب ثلثاه ، فيعتبر جانب العنب احتياطا وكذا إذا جمع بين عصر العنب وتقيع التمر لما قلنا ،

ولو طبخ نقيع الفم والزبيب أدنى طبخة ، ثم أنقع فيه تمر أو زبيب إن كان ما أنقع فيه شيئا سيرا لا يتخذ النبيذ من مثله لا بأس به وإن كان يتخذ النبيذ من مثله لم يحل كما إذا صب في المطبوخ قدح من النقيع ، والمعنى تغليب جهة الحرمة ولا حد في شربه ، لأن التحريم للاحتياط وهو للحد في درته ولو طبخ الخمر أو غيره بعد الاشتداد حتى يذهب ثلثه لم يحل ، لأن الحرمة قد تقررت فلا ترتفع بالطبخ .

قال (ولا بأس بالانتباه في الدباء والحنم والمزفت والتقير) لقوله عليه الصلاة والسلام في حديث فيه طول بعد ذكر هذه الأوعية « فاشربوا في كل ظرف فإن الظرف لا يحل شيئا ولا يحرمه ولا تشربوا المسكر » وقال ذلك بعدما أخبر عن النهي عنه ، فكان ناسخا له وإنما يتبدى فيه بعد تطهيره . فإن كان الوعاء عتيقا يغسل ثلاثا فيطهر ، وإن كان جديدا لا يطهر عند محمد رحمه الله لتشرب الخمر فيه بخلاف العتيق ، وعند أبي يوسف : يغسل ثلاثا ويحذف في كل مرة وهي مسئلة مالا ينصرف بالعصر ، وقيل عند أبي يوسف : يملأ ماء مرة بعد أخرى حتى إذا خرج الماء صافيا غير متغير يحكم بطهارته .

قال (وإذا تخللت الخمر حلت سواء صارت خلا بنفسها أو بشيء يطرح فيها ولا يكره تخليلها) وقال الشافعي رحمه الله : يكره التخليل ولا يحل الخل الحاصل به إن كان التخليل بالقاء شيء فيه قول واحد ، وإن كان بغير إلقاء شيء فيه فله في الخل الحاصل به قولان ، له أن في التخليل اقترابا من الخمر على وجه التحول والأمر بالاجتناب ينفيه . ولنا قوله عليه الصلاة والسلام « نعم الإدام الخل » من غير فصل ، وقوله عليه الصلاة والسلام « خير خلخلكم خل خرمكم » ، ولأن التخليل يزول الوصف المفسد ، وثبت صفة الصلاح من حيث تسكين الصفراء وكسر الشهوة والتغذى به والاصلاح مباح ، وكذا الصالح للمصالح اعتبارا بالتخليل بنفسه وبالديباغ والاقتراب لإعدام الفساد ، فأشبه الأراقة والتخليل أولى لما فيه من إحراز مال بصير حلالات في الثاني فيختاره من ابتلى به وإذا صار الخمر خلا بطهر ما يوزن من الاناء ، فأما أعلاه وهو الذي نقص منه الخمر قيل : يطهر تبعا وقيل لا يطهر لأنه خمر يابس إلا إذا غسل بالخل فيتمخلل من ساعته فيطهر وكذا إذا صب فيه الخمر ثم ملئ خلا يطهر في الحال على ما قالوا .

قال (ويكره شرب دردى الخمر والامقشاط به) لأن فيه أجزاء الخمر والانتضاع يأنهم حرام ، ولهذا لا يجوز أن يداوى به جرحا أو ديرة دابة ولا أن يسق ذميا ، ولا

أن يمسح صبيبا للتداوى والوبال على من سقاه وكذا لا يسقيها الدواب ؛ وقيل : لا تعمل
الخمير إليها . أما إذا قيئت إلى الخمر فلا بأس به كما في الكلب والميتة ، ولو أتى النردى
في الخمر لا بأس به ، لأنه يصير خلا لكن يباح حمل الخمر إليه لاعتكسه لما قلنا .
قال (ولا يحد شاربه) أى شارب النردى (إن لم يسكر) وقال الشافعي رحمه الله :
يحد ، لأنه شرب جزءا من الخمر . ولنا أن قليلا لا يدعو إلى كثيره لما في الطباع من النبوة
عنه فكان ناقصا فأشبهه غير الخمر من الأشربة ولا حد فيها إلا بالسكر ، ولأن الغالب عليه
الغلل فصار كما إذا غلب عليه الماء بالامتزاج (ويكره الإحتقان بالخمر وإقطارها في
الإحليل) لأنه انتفاع بالحرم ولا يجب الحد لعدم الشرب وهو السبب ، ولو جعل الخمر
في مرقاة لا تؤكل لتنجسها بها ولا حد مالم يسكر منه لأنه أصابه الطبخ (ويكره أكل خبز
صحن عجبته بالخمر) لقيام أجزاء الخمر فيه .

فصل في طبخ العصير

والأصل أنه ما ذهب بجليانه بالنار وقذفه بالزبد يجعل كأن لم يكن ويعتبر ذهاب ثلثي
ما بقي ليحل الثلث الباقي بيبانه عشرة دوارق من عصير طبخ فذهب دورق بالزبد يطبخ
الباقى حتى يذهب ستة دوارق ، ويبقى الثلث فيحل ، لأن الذى يذهب زبدا هو العصير
أو ما يمازجه وأياما كان جعل كان العصير تسعة دوارق فيكون ثلثها ثلاثة ، وأصل آخر
أن العصير إذا صب عليه ماء قبل الطبخ ، ثم طبخ بمائه إن كان الماء أسرع ذهابا لمرقه
ولطافته يطبخ الباقي بعد ما ذهب مقدار ما صب فيه من الماء حتى يذهب ثلثاه ، لأن
الذهب الأول هو الماء والثاني العصير فلا بد من ذهاب ثلثي العصير ، وإن كانا ينحبان
معاً تغل الجملة حتى يذهب ثلثاه ؛ ويبقى ثلثه فيحل لأنه ذهب الثلثان ماء وعصيرا والثلث
الباقى ماء وعصير قصار كما إذا صب الماء فيه بعد ما ذهب من العصير بالقل ثلثاه ، بيبانه
عشرة دوارق من عصير وعشرون دورقا من ماء ، فى الوجه الأول يطبخ حتى يبقى تسع
الجملة ، لأنه ثلث العصير ، وفى الوجه الثانى : حتى يذهب ثلثا الجملة لما قلنا والغلل
بدفعة أو دفعات سواء إذا حصل قبل أن يصير محرما ، ولو قطع عنه النار فغلى حتى ذهب
الثلثان يحل لأنه أثر النار ، وأصل آخر أن العصير إذا طبخ فذهب بعصه ثم أحرق بعضه
كم تطبخ البقية حتى يذهب الثلثان فالسبيل فيه أن تأخذ ثلث الجميع فتطهره في الباقي بعد
المنصب ، ثم تقسمه على ما بقى بعد ذهاب ما ذهب بالطبخ قبل أن ينصب منه شيء فأيخرج

بالقصة فهو حلال بيانه عشرة أوطال عصير طيخ حتى ذهب رطل ، ثم أمريق منه ثلاثة أوطال تأخذ ثلث العصير كله ، وهو ثلاثة وثلاثون نصرة وفيما بقي بعد المنصب وهو ستة فيكون عشرين ، ثم تقسم العشرين على مائتي بعد ما ذهب بالطيخ منه قبل أن ينصب منه شيء وذلك تسعة ؛ فيخرج لكل جزء من ذلك اثنان وتسعون ففرت أن الحلال فيأبى منه رطلان وتسعون ، وعلى هذا تخرج المسائل ولها طريق آخر وفيما اكتفينا به كفاية وهذا ية إلى تخرج غيرها مع المسائل والله أعلم بالصواب .

كتاب الصيد

الصيد : الاصطياد ويطلق على ما يصاد والفعل مباح لغير المحرم في غير الحرم لقوله تعالى - وإذا حلتهم فاصطادوا - ولقوله عز وجل - وحرم عليكم صيد البر ما دمتم حرما - ولقوله عليه الصلاة والسلام لعدي بن حاتم الطائي رضى الله عنه ؛ إذا أرسلت كلبك المعلم وذكرت اسم الله عليه فكل وإن أكل منه فلا تأكل لأنه إنما أمسك على نفسه وإن شارك كلبك كلب آخر فلا تأكل فإنك إنما سميت على كلبك ولم تسم على كلب غيره ، وعلى إباحته انعقد الإجماع ، ولأنه نوع اكتساب وانضاع بما هو مخلوق لذلك وفيه استيفاء المكلف وتمكينه من إقامة التكليف ، فكان مباحا بمنزلة الاحتطاب ، ثم جملة ما يجوز الكتاب فصلان أحدهما في الصيد بالجوارح . والثاني في الاصطياد بالرمي .

فصل في الجوارح

قال (ويجوز الاصطياد بالكلب المعلم والفهد والبازي وصائر الجوارح المعلمة ؛ وفي الجامع الصغير : وكل شيء علمته من ذى ناب من السباع وذى عجب من الطير فلا بأس بصيده ولا خير فيما سوى ذلك إلا أن تترك ذكاته) والأصل فيه قوله تعالى - وما علمتم من الجوارح منكبين - والجوارح الكواشب قال في تأويل المنكبين المسلمين ، فيتناول الكل بعمومه دل عليه ما روي من حديث عدي رضى الله عنه ، واسم الكلب في اللغة يقع على كل سبع حتى الأسد ، وعن أبي يوسف رحمه الله أنه استثنى من ذلك الأسد والذئب ، لأنهما لا يعملان لغيرهما الأسد لعلومه والذئب لخساسته وألحق بهما بعضهم المهداة لخساسته ، والتحذير مستثنى لأنه نجس العين فلا يجوز الانتفاع به ثم لا بد من التعليم

لأن ماتلونا من النص ينطق باشتراط التعليم والحديث به وبالارسال ولأنه إنما يصير آلة بالتعليم ليسكون عاملا له فيترسل بارسائه ويمسكه عليه .

قال (وتعليم الكلب أن يترك الأكل ثلاث مرات ، وتعليم البازي أن يرجع ومجيب إذا دعونه) وهو مأثور عن ابن عباس رضى الله عنهما ولأن بدن البازي لا يحتمل الضرب وبدن الكلب يحتمله فيضرب ليتركه ولأن آية التعليم ترك ما هو مأثوفه عادة والبازي متوحش متنفّر فكانت الإجابة آية تعليمه ، وأما الكلب فهو ألوف يعتاد الانتباه فكان آية تعليمه ترك مأثوفه وهو الأكل والاستلاب ، ثم شرط ترك الأكل ثلاثا ، وهذا عندهما وهو رواية عن أبي حنيفة رحمه الله : لأن فيها دونه مزيد الاحتمال فقلعه تركه مرة أو مرتين شيئا ، فإذا تركه ثلاثا دل على أنه صار عادة له . وهذا لأن الثلاث مدة ضربت للاختبار وإبلاء الأعداء كما في مدة الحيار ، وفي بعض قصص الأخيار ولأن الكثير هو الذي يقع أمانة على العلم دون القليل والجمع هو الكثير وأدناه الثلاث فقدر بها ، وعند أبي حنيفة رحمه الله : على ما ذكر في الأصل لا يثبت التعليم ما لم يغلب على ظن الصائده أنه معلم ولا يقدر بالثلاث ، لأن المقادير لا تعرف اجتهدا بل نصا وصماحا ولا سمع ففوض إلى رأى المبتلي به كما هو أصله في جنسها ، وعلى الرواية الأولى عنده يحل ما اصطاده ثانيا ، وعندهما لا يحل لأنه إنما يصير معلما بعد تمام الثلاث ، وقبل التعليم غير معلم فكان الثالث صيد كلب جاهل وصار كالتصرف المباشر في سكوت المولى ، وله أنه آية تعليمه عنده فكان هذا صيد جارحة معلمة بخلاف تلك المسئلة لأن الإذن إعلام ولا يتحقق دون علم العبد وذلك بعد المباشرة .

قال (وإذا أرسل كلبه المعلم أو بازيه وذكر اسم الله تعالى عند إرساله فأخذ الصيد وجرحه فأت حل أكله) لما روينا من حديث عدى رضى الله عنه : ولأن الكلب أو البازي آلة والذبح لا يحصل بمجرد الآلة إلا بالاستعمال وذلك فيها بالارسال فنزل منزلة الرمي وإمرار السكين فلا بد من التسمية عنده ، ولو تركه ناسيا حل أيضا على ما بيناه وحرمة مذكورة التسمية عامدا في الذبائع ولا بد من الجرح في ظاهر الرواية ، ليتحقق الذكاة الاضطرابى وهو الجرح في أى موضع كان من البدن بالتساب ما وجد من الآلة إليه بالاستعمال ، وفي ظاهر قوله تعالى - وما علمتم من الجوارح - ما يشير إلى اشتراط الجرح إذ هو من الجرح بمعنى الجراحة في تأويل فيحمل على الجوارح الكاسب

بنيته ونخله ولا تناف وفيه أخذ باليقين ، وعن أبي يوسف : أنه لا يشترط رجوعها إلى الطويل الأول ، وجوابه ما قلنا

قال (فإن أكل من الكلب أو الفهد لم يؤكل وإن أكل من البازي أكل) والفرق ما بيناه في دلالة الصلح وهو مؤيد بما روينا من حديث حدى رضى الله عنه وهو حجة على مالك وعلى الشافعى في قوله القديم في إباحة ما أكل الكلب منه .

قال (ولو أنه صاد ضيودا ولم يأكل منها ثم أكل من صيد لا يؤكل هذا الصيد) لأنه علامة الجهل ولا ما يصيده بعده حتى يصير معلما على اختلاف الروايات كما بيناها في الابتداء ، وأما الصيود التي أخذها من قبل فأكل منها لا تظهر الحرمة فيه لاعتدाम الأهلية وما ليس بحرز بأن كان في المقازة بأن لم يظفر صاحبه بعد ثبت الحرمة فيه بالاتفاق وما هو محرز في بيته يحرم عنده خلافاً لما ، مما يقولان إن الأكل ليس يدل على الجهل فيها تقدم لأنه الحرقة قد تنسى ، ولأن فيها أحرزه قد أمضى الحكم فيه بالاجتهاد فلا يتقضى بالاجتهاد مثله لأن المقصود قد حصل بالأول بخلاف غير المحرز لأنه ما حصل المقصود من كل وجه لبقائه صيدا من وجه لعدم الاحراز فحرمانه احتياطا ، وله أنه آية جهله من الإبهاء لأن الحرقة لا ينسى أصلها ، فإذا أكل تبين أنه كان ترك الأكل للشبح لا العلم وتبدل الإجتهد قبل حصول المقصود لأنه بالأكل فصار كبدل اجتهاد القاضى قبل القضاء قال (ولو أن صقرا فر من صاحبه فسكت حيناً ثم صاد لا يؤكل صيده) لأنه ترك ما صار به عالما فيحكم بجهله كالكلب إذا أكل من الصيد .

قال (ولو شرب الكلب من دم الصيد ولم يأكل منه أكل) لأنه ممسك للصيد عليه ، وهذا من غاية علمه حيث شرب ما لا يصلح لصاحبه وأمسك عليه ما يصلح له .

قال (ولو أخذ الصيد من المعلم ثم قطع منه قطعة وألقاها إليه فأكلها يؤكل ما بقي) لأنه لم يبق صيدا فصار كما إذا ألقى إليه طعاما غيره ، وكذا إذا وثب الكلب فأخذه منه وأكل منه لأنه ما أكل من الصيد ، والشرط ترك الأكل من الصيد ، فصار كما إذا افرس شاته ، بخلاف ما إذا فعل ذلك قبل أن يحزره المالك لأنه بقيت فيه جهة الصيدية .

قال (ولو نهس الصيد فقطع منه بضعة فأكلها ثم أدرك الصيد فقتله ولم يأكل منه لم يؤكل) لأنه صيد كلب جاهل حيث أكل من الصيد .

قال (ولو ألقى ما نهسه واتبع الصيد فقتله ولم يأكل منه وأخذه صاحبه ثم مرّ بتلك

البضعة فأكلها يؤكل الصيد) لأنه لو أكل من نفس الصيد في هذه الحالة لم يضره ، فإذا أكل ما بان منه وهو لا يعلم لصاحبه أول ، بخلاف الوجه الأول لأنه أكل في حالة الاصطياد ، فكان جاهلا بمسكائه ، ولأن نهس البضعة قد يكون ليأكلها وقد يكون حيلة في الاصطياد ليضمف بقطع القطعة منه فيدركه فالأكل قبل الأخذ يدل على الوجه الأول ويبدد على الوجه الثاني فلا يدل على جهله .

قال (وإن أدرك المرسل للصيد حيا وجب عليه أن يذكيه وإن ترك تذكيته حتى مات لم يؤكل ، وكلما البازي والسهم) لأنه قدر على الأصل قبل حصول المقصود بالبدل إذ المقصود هو الإياسة ولم تثبت قبل موته قبل حكم البدل ، وهذا إذا تمكن من ذبحه ، أما إذا وقع في يده ولم يتمكن من ذبحه وفيه من الحياة فوق ما يكون في المنبوح لم يؤكل في ظاهر الرواية ، وعن أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله : أنه يحمل وهو قول الشافعي رحمه الله : لأنه لم يقدر على الأصل فصار كما إذا رأى الماء ولم يقدر على الاستعمال ، ووجه الظاهر أنه قدر اعتدرا لأنه ثبت يده على المذبح . وهو قائم مقام الفكن من الذبح إلا يمكن اعتباره ، لأنه لا بد له من ملة والثالث يتفاوتون فيها على حسب تفاوتهم في الكياسة والمهابة في أمر الذبح فأذير الحكم على ما ذكرناه بخلاف ما إذا بقي فيه من الحياة مثل ما سبق في المنبوح لأنه ميت حكما ، ألا ترى أنه لو وقع في الماء وهو بهذه الحالة لم يجرم ، كما إذا وقع وهو ميت والميت ليس بمذبح وفصل بعضهم فيه تفصيلا وهو أنه إن لم يتمكن لفقد الآلة لم يؤكل ، وإن لم يتمكن لضيق الوقت لم يؤكل عتقا خلافا للشافعي رحمه الله ، لأنه إذا وقع في يده لم يبق صيدا فيقبل حكم ذكاة الاضطراب ، وهذا إذا كان يعرف بقاؤه ، أما إذا شق بطنه وأخرج ما فيه ثم وقع في يده صاحبه حل لأن ما بقي اضطراب المنبوح ، فلا يعتبر كما إذا وقعت شاة في الماء بعد ما ذبحت ، وقيل هذا قولهما ، أما عند أبي حنيفة رحمه الله : فلا يؤكل أيضا لأنه وقع في يده حيا فلا يحمل إلا بذكاة الاختيار رده إلى المتردية على ما نذكره إن شاء الله تعالى . هذا الذي ذكرناه إذا ترك التذكية ، وظو أنه ذكاة حل أكله عنه . أي حنيفة رحمه الله ، وكذلك المتردية والناطقة والموقودة ، الذي يجرى للذب بطنه وفيه حياة خفية أو بيئة وعليه الفتوى لقوله تعالى - إلا ما ذكيتم - استثناء مطلقا من غير فصل ، وعند أبي يوسف رحمه الله : إذا كان بحال لا يعيش مثله لا يحمل لأنه لم يكن موته بالذبح ، وقال محمد رحمه الله : إن كان يعيش مثله فوق ما يعيش القروح يحمل وإلا فلا لأنه لا سبب بهذه الحياة على ما قرره الله .

قال (ولو أدركه ولم يأخذه فإن كان في وقت لو أخذه أمكنه ذبحه لم يؤكل) لأنه صابر في حكم المقدور عليه .

قال (وإن كان لا يمكنه ذبحه أكل) لأن اليد لم تثبت به وانمكن من الذبح لم يوجد .
قال (وإن أدركه فذكاه حل له) لأنه إن كانت فيه حياة مستقرة فالذكاة وقعت موقعها بالإجماع وإن لم يكن فيه حياة مستقرة ، فعند أبي حنيفة رحمه الله : ذكاته الذبح على ما ذكرناه وقد وجد وعندهما لا يحتاج إلى الذبح .

قال (وإذا أرسل كلبه المعلم على صيد وأخذ غيره حل) وقال مالك رحمه الله : لا يحل لأنه أخذه بغير إرسال إذ الإرسال مختص بالشار إليه ، ولنا أنه شرط غير مفيد لأن مقصوده حصول الصيد إذ لا يقدر على الوفاء به ، إذ لا يمكنه تعليمه على وجه يأخذ ما عينه فسقط اعتباره .

قال (ولو أرسله على صيد كثير وسمى مرة واحدة حالة الإرسال ، فلو قتل الكل يحل بهذه التسمية الواحدة) لأن الذبح يقع بالإرسال على ما بيناه ، ولهذا تشترط التسمية عنده والفعل واحد فتكفيه تسمية واحدة ، بخلاف ذبح الشاتين بتسمية واحدة لأن الشاة تصير مذبوحة بفعل غير الأول فلا بد من تسمية أخرى حتى لو أضحج إحداها فوق الأخرى وذبحهما بمرة واحدة محلان بتسمية واحدة .

قال (ومن أرسل فهذا فكنى حتى يتمكن ثم أخذ الصيد فقتله يؤكل) لأن مكته ذلك حيلة منه للصيد لاستراحة فلا يقطع الإرسال .

قال (وكذا الكلاب إذا اعتاد عادته ، ولو أخذ الكلب صيدا فقتله ثم أخذ آخر فقتله وقد أرسله صاحبه أكل جميعا) لأن الإرسال قائم لم ينقطع وهو بمنزلة ما لوروى سبعا إلى صيد فأصابه وأصاب آخر .

قال (ولو قتل الأول فعجم عليه طويلا من النهار ثم مر به صيد آخر فقتله لا يؤكل الثاني) لانقطاع الإرسال بمكته إذ لم يكن ذلك حيلة منه للأخذ وإنما كان استراحة بخلاف ما تقدم .

قال (ولو أرسل بازيه المعلم على صيد فوقع على شيء ثم اتبع الصيد فأخذه وقتله فإنه يؤكل) وهذا إذا لم يمكث زمانا طويلا للاستراحة وإنما مكث ساعة للتمكين لما بيناه في الكلب .

قال (ولو أن بازيا معلما أخذ صيدا فقتله ولا يلقى لرسله إنسان أم لا لا يؤكل)
لوقوع الشك في الإرسال ولا تثبت الإباحة بدونه .

قال (وإن خقه الكلب ولم يجرحه لم يؤكل) لأن الجرح شرط على ظاهر الرواية على ما ذكرناه ، وهذا يدل على أنه لا يحل بالكسر ، وعن أبي حنيفة رحمه الله : أنه إذا كسر عضوا فقتله لا بأس بأكله لأنه جراحة باطنة فهي كالجراحة الظاهرة وجه الأول أن المجرح جرح ينتهض سببا لإتهار الدم ، ولا يحصل ذلك بالكسر فأشبهه التخييق ؛

قال (وإن شاركه كلب غير معلم أو كلب مجوسى أو كلب لم يذكر اسم الله عليه يريد به عمله لم يؤكل) لما روينا في حديث عدى رضى الله عنه ، ولكنه اجتمع المبيع والمهرم فيطلب جهة الحرمة نكاحا أو احتياطا (ولو رده عليه الكلب الثانى ولم يجرحه معه ومات يجرح الأول بكرة أكله) لوجود المشاركة في الأخذ وفقدتها في الجرح ، وهذا بخلاف ما إذا رده المجوسى عليه بنفسه حيث لا يكره لأن فعل المجوسى ليس من جنس فعل الكلب فلا تتحقق المشاركة وتتحقق بين فعل الكلبين لوجود المجانسة (ولو لم يردده الكلب الثانى على الأول لكه أشد على الأول حتى اشتد على الصيد فأخذه وقتله لا بأس بأكله) لأن فعل الثانى أثر في الكلب المرسل دون الصيد حيث ازداد به طلبا فكان تبعاً لفعله لأنه بناء عليه فلا يضاف الأخذ إلى التبع بخلاف ما إذا كان رده عليه لأنه لم يصير تبعاً فيضاف إليهما .

قال (وإذا أرسل المسلم كلبه فزجره مجوسى فأنزجر بزجره فلا بأس بصيده) والمراد بالزجر الإهراء بالصباح عليه ، وبالأزجار إظهار زيادة الطلب ، ووجهه أن الفعل يرفع بما هو فوقه أو مثله كما في نسخ الآى ، والزجر دون الإرسال لكونه بناء عليه .

قال (ولو أرسله مجوسى فزجره مسلم فأنزجر بزجره لم يؤكل) لأن الزجر دون الإرسال ولهذا لم تثبت به شبهة الحرمة فأولى أن لا يثبت به الحل ، وكل من لا يجوز ذكاته كالمرء والمهرم وتارك التسمية عامدا في هذا بمنزلة المجوسى (وإن لم يرسله أحد فزجره مسلم فأنزجر فأخذ الصيد فلا بأس بأكله) لأن الزجر مثل الانفلات لأنه إن كان دونه من حيث إنه بناء عليه فهو فوقه من حيث إنه فعل المكلف فاعتنوا فصلح ناسخا (ولو أرسل للمسلم كلبه على صيد ومضى فأدركه فضربه وقتله ثم ضربه فقتله أكل) وكذا إذا أرسل كلبين فوقه أحدهما ثم قتله الآخر أكل (لأن الامتناع عن الجرح بعد الجرح لا يدخل

نحت الصليم فجعل فحوا (ولو أرسل رجلان كل واحد منهما كلبا لوقد أحدهما وقلعه
الآخر أكل) لما بينا (والملك للأول) لأن الأول أخرجه من حد الصيدية إلا أن الإرسال
من الثاني حصل على الصيد ، والمختبر في الإباحة والجريمة حالة الإرسال فلم يجرم بخلاف
ما إذا كان الإرسال من الثاني بعد الخروج عن الصيدية بجرع الكلب الأول .

فصل في الرمي

(ومن سمع حسا ظنه حس صيد فرماه أو أرسل كلبا أو بزيا عليه فأصاب صيدا
ثم تبين أنه حس صيد حل المصاب) أى صيد كان لأنه قصد الاصطياد ، وعن أبي يوسف
رحمه الله : أنه خص من ذلك الخنزير لتفليظ التحريم ، ألا ترى أنه لا تثبت الإباحة في
شئ منه بخلاف السباع لأنه يؤثر في جلدها ، وزفر رحمه الله خص منها مالا يؤكل لحمه ،
لأن الإرسال فيه ليس للإباحة ، ووجه الظاهر : أن اسم الإصطياد لا يختص بالمأكول
فوقع الفعل اصطيادا ، وهو فعل مباح في نفسه وإباحة التناول ترجع إلى المحل تثبت بقدر
ما قبله لحما وجلدا ، وقد لا تثبت إذا لم يقبله وإذا وقع اصطيادا صار كأنه رمى إلى صيد
فأصاب غيره (وإن تبين أنه حس آدمى أو حيوان أهلى لا يحل المصاب) لأن الفعل ليس
باصطياد (والطير الداجن الذى يأوى البيوت أهل والظئ الموقى بمنزله) لما بينا (ولو
رمى إلى طائر فأصاب صيدا ورم الطائر ولا يدري وحشى هو أو غير وحشى حل الصيد)
لأن الظاهر فيه التوحش (ولو رمى إلى بعر فأصاب صيدا ولا يدري ناذ هو أم لا لا يحل
الصيد) لأن الأصل فيه الاستئناس (ولو رمى إلى سمكة أو جرادة فأصاب صيدا يحل في
رواية عن أبي يوسف) لأنه صيد وفي أخرى عنه لا يحل لأنه لا ذكاة فيها (ولو رمى
فأصاب السمور حسه وقد ظنه آدميا فإذا هو صيد يحل) لأنه لا معتبر بظنه مع تعيينه
(وإذا سمى الرجل عند الرمي أكل ما أصاب إذا جرح السهم فأت) لأنه ذابح بالرمي
لكون السهم آلة له ، فتشترط التسمية عنده وجميع البدن محل لمسلا النوع من الذكاة ،
ولا بد من الجرح ليحقق معنى الذكاة على ما بيناه .

قال (وإن أدركه حيا ذكاه) وقد بيناها بوجوهها والاختلاف فيها في الفصل الأول
فلا نعيد .

قال (وإذا وقع السهم بالصيد فتحمل حتى غاب عنه ولم يزل في ظاه حتى أصابه

مما أكل وإن قصد عن طلبه ثم أصابه ميتا لم يؤكل لما روى عن النبي عليه الصلاة والسلام
أنه كره أكل الصيد إذا غاب عن الترامي وقال "لعل هوام" الأرض قتله ، ولأن احتمال
الموت بسبب آخر قائم فإينبغي أن يحل "أكله لأن الموهوم في هذا كالتحقق لما روينا ،
إلا أننا أسقطنا اعتباره ما دام في طلبه ضرورة أن لا يعبرى الاصطياد عنه ، ولا ضرورة
لها إذا قصد عن طلبه لإمكان التحرز من توارى يكون بسبب عمله ، والذي روينا حجة
على مالك رحمه الله في قوله : إن ما توارى عنه إذا لم يبت يحل فإذا بات ليلة لم يحل (ولو
وجد به جراحة سوى جراحة سهمه لا يحل) لأنه موهوم يمكن الاحتراز عنه فاعتبر محرما
بمخلاف وهم الموام والجواب في إرسال الكلب في هذا كالجواب في الرمي في جميع
ما ذكرناه .

قال (وإذا رمى صيدا فوق في الماء أو وقع على سطح أو جبل ثم تردى منه إلى
الأرض لم يؤكل) لأنه المتردية وهي حرام بالنص ولأنه احتمال الموت بغير الرمي إذ
الله مهلك وكذا السقوط من حال ، يؤيد ذلك قوله عليه الصلاة والسلام لعدي رضى الله
عنه " وإن وقعت رميتك في الماء فلا تأكل فإنك لا تدري أن الماء قتله أو سهمك " (وإن
وقع على الأرض ابتداء أكل) لأنه لا يمكن الاحتراز عنه وفي اعتباره سد باب
الاصطياد ، بخلاف ما تقدم لأنه يمكن التحرز عنه فصار الأصل أن سبب الحرمة والحل
إذا اجتمعا وأمكن التحرز عما هو سبب الحرمة ترجع جهة الحرمة احتياطا ، وإن كان
عما لا يمكن التحرز عنه جرى وجوده مجرى عدمه ، لأن التكليف بحسب الوسع فما يمكن
التحرز عنه إذا وقع على شجر أو حائط أو آجرة ثم وقع على الأرض أو رماه وهو على
جبل تردى من موضع إلى موضع حتى تردى إلى الأرض أو رماه فوق على رمح
منسوب أو على قصب قائمة أو على حرف آجرة لاحتمال أن حد هذه الأشياء قتله ، وما
لا يمكن الاحتراز عنه إذا وقع على الأرض كما ذكرناه أو على ما هو في معناه كجبل أو
ظهر بيت أو لبنة موضوعة أو صخرة فاستقر عليها لأن وقوعه عليه وعلى الأرض سواء ،
وذكر في المتن لو وقع على صخرة فانشق بطنه لم يؤكل لاحتمال الموت بسبب آخر ،
وصححه الحاكم الشهيد رحمه الله وحمل المروي في الأصل على غير حالة الانشقاق ،
وحمله شمس الأئمة السرخسي رحمه الله على ما أصابه حد الصخرة فانشق بطنه بذلك ،
وحمل رحمه الله المروي في الأصل على أنه لم يصب من الآجرة إلا ما يصيبه من الأرض

لو وقع عليها وفلك عفو وهذا أصح ، وإن كان الطير مائيا فإن كانت الجراحة لا تنفس في الماء أكل وإن انغمست لا يؤكل كما إذا وقع في الماء .

قال (وما أصابه المراض بعرضه لم يؤكل وإن جرحه يؤكل) لقوله عليه الصلاة والسلام فيه « ما أصاب بحده فكل وما أصاب بعرضه فلا تأكل » ولأنه لا بد من الجرح ليحقق معنى الذكاة على ما قدمناه .

قال (ولا يؤكل ما أصابه البندقة فأت بها) لأنها تدق وتكسر ولا تجرح فصارت كالمرض إذا لم يخرق وكذلك إن رماه بحجر وكذلك إن جرحه ، قالوا تأويله إذا كان ثقيلًا وبه حدة ، لا احتمال أنه قتله بجملة ، وإن كان الحجر خفيفًا وبه حدة يحمل للعين الموت بالجرح ، ولو كان الحجر خفيفًا وجعله طويلًا كالسهم وبه حدة ، فإنه يحمل لأنه يقتله بجرحه ، ولو رماه بمروءة حديدية ولم تبضع بضعًا لا يحمل لأنه قتله دقا ، وكذا إذا رماه بها فأبان رأسه أو قطع أوداجه ، لأن العروق تنقطع بنقل الحجر كما تنقطع بالقطع فوق الشك أو لعنه مات قبل قطع الأوداج ، ولو رماه بعصا أو بعود حتى قتله لا يحمل لأنه يقتله ثقلاً لا جرحاً اللهم إلا إذا كان له حدة يبضع بضعًا فيجئذ لا بأس به لأنه بمنزلة السيف والرمح :

والأصل في هذه المسائل : أن الموت إذا كان مضافاً إلى الجرح يبين كان الصيد حلالاً ، وإذا كان مضافاً إلى النقل يبين كان حراماً وإن وقع الشك ولا يلزم مات بالجرح أو بالنقل كان حراماً احتياطاً ، وإن رماه بسيف أو بسكين فأصابه بحده فجرحه حل ، وإن أصابه بقفا السكين أو بمقبض السيف لا يحمل ، لأنه قتله دقا والخديد وغيره فيه سواء ، ولو رماه فجرحه ومات بالجرح إن كان الجرح مدمياً يحمل بالاتفاق وإن لم يكن مدمياً فكذلك عند بعض المتأخرين ، سواء كانت الجراحة صغيرة أو كبيرة لأن الدم قد يجفئ بضيق المنفذ أو غلظ الدم ، وعند بعضهم يشترط الإدماء لقوله عليه الصلاة والسلام « ما أنهر الدم وأفرى الأوداج فكل » شرط الإتهار ، وعند بعضهم إن كانت كبيرة حل بدون الإدماء ، وإن كانت صغيرة لا بد من الإدماء ، ولو ذبح شاة ولم يسلم منه الدم قيل : لا تحمل وقبل : تحمل ، ووجه القولين دخل فيها ذكرناه وإذا أصاب السهم ظلف الصيد أو قرنه فإن أدماه حل وإلا فلا وهذا يؤيد بعض ما ذكرناه . قال (وإذا رمى صيدا فقطع عضرا منه أكل الصيد) لما يباه (ولا يؤكل العصور)

وقال الشافعي رحمه الله : أكلا إن مات الصيد منه لأنه مبان بذكاة الاضطرار ، فيحل
المبان والمبان منه كما إذا أبين الرأس بذكاة الاختيار بخلاف ما إذا لم يمت لأيه ما أبين
بالبذكاة ، ولنا قوله عليه الصلاة والسلام « ما أبين من شئ فهو ميت » ذكر الحى مطلقا
فينصرف إلى الحى حقيقة وحكما والمضروب المبان بهذه الصفة ، لأن المبان منه حى حقيقة
فقيام الحياة فيه ، وكذا حكما لأنه يتوهم سلامته بعد هذه الجراحة ، ولهذا اعتبره الشرع
حيا حتى لو وقع في الماء وفيه حياة بهذه الصفة يحرم وقوله أبين بالبذكاة .

قلنا : حال وقوعه لم يقع ذكاة لبقاء الروح في الباقي ، وعند زواله لا يظهر في المبان
لعدم الحياة فيه ولا تبعية لزوالها بالانفصال فصار هذا الحرف هو الأصل لأن المبان من
الحى حقيقة وحكما لا يحل والمبان من الحى صورة لا حكما يحل وذلك بأن يبقى في المبان
منه حياة بقدر ما يكون في المذبوح ، فإنه حياة صورة لا حكما ، ولهذا لو وقع في المأمويه
هذا القدر من الحياة أو تردى من جبل أو سطع لا يحرم فتخرج عليه المسائل فنقول إذا
قطع بدا أو رجلا أو فخذا أو ثلثة مما يلى القوائم أو أقل من نصف الرأس يحرم المبان
ويحل المبان منه لأنه يتوهم بقاء الحياة في الباقي (ولو قطعه بنصفين أو قطعه أثلاثا والأكثر
مما يلى العجز ، أو قطع نصف رأسه أو أكثر منه : يحل المبان والمبان منه) لأن المبان منه
حى صورة لا حكما إذ لا يتوهم بقاء الحياة بعد هذا الجرح والحديث وإن تناول السمك
وما أبين منه فهو ميت إلا أن ميتته حلال بالحديث الذى رويناه (ولو ضرب عنق شاة
فأبان رأسها يحل لقطع الأوداج) ويكره هذا الصنيع لإبلاغه النخاع ، وإن ضربه من
قبل القفا إن مات قبل قطع الأوداج لا يحل وإن لم يمت حتى قطع الأوداج حل (ولو
ضرب صيدا فقطع بدا أو رجلا ولم يمت ، إن كان يتوهم الالتئام والاندماج فإذا مات
حل أكله) لأنه بمنزلة سائر أجزائه ، وإن كان لا يتوهم بأن يمتدحج بجلده حل ما سواه
لوجود الإبانة معنى والعبرة للمعنى .

قال (ولا يؤكل صيد الجحش والمرند والوثني) لأنهم ليسوا من أهل الذكاة حل
ما بيناه في الذبائح ولا بد منها في إباحة الصيد بخلاف النصراني واليهودي لأنهما من أهل
الذكاة اختيارا فكذا اضطارا

قال (ومن رمى صيدا فأصابه ولم يشنخه ولم يخرج منه عن حيز الامتناع فرماه آخر فقتله
فهم ثلثي ويؤكل) لأنه هو الآخذ ، وقد قال عليه الصلاة والسلام « الصيد لمن أخذه

(وإن كان الأول أنخنه فرماه الثاني فقتله فهو للأول ولم يؤكل) لاحتمال الموت بالثاني ، وهو ليس بذكاة للقدرة على ذكاة الاختيار بخلاف الوجه الأول وهذا إذا كان الرمي الأول بحال يتنجس منه الصيد لأنه حينئذ يكون الموت مضافا إلى الرمي الثاني ، وأما إذا كان الأول بحال لا يسلّم منه الصيد بأن لا يبقى فيه من الحياة إلا بقدر ما يبقى في الملبوح كما إذا أبان رأسه يحمل لأن الموت لا يضاف إلى الرمي الثاني لأن وجوده وعدمه بمنزلة ، وإن كان الرمي الأول بحال لا يعيش منه الصيد إلا أنه بقي فيه من الحياة أكثر مما يكون بعد الذبيح بأن كان يعيش يوما أو دونه ، فعلى قول أبي يوسف رحمه الله : لا يحرم بالرمي الثاني ، لأن هذا القدر فيه من الحياة لا هبرة بها عنده ، وعند محمد رحمه الله : يحرم لأن هذا القدر من الحياة معتبر عنده على ما عرف من مذهبه فصار الجواب فيه والجواب فيما إذا كان الأول بحال لا يسلّم منه الصيد سواء فلا يحمل .

قال (والثاني ضامن لقيمة الأول غير مانقصة جراحته) لأنه بالرمي أتلف صيدا مخلوكا له لأنه ملكه بالرمي المشخن وهو منقوص بجراحته وقيمة المتلف تستعبر يوم الاتلاف .

قال رضى الله عنه : تأويله إذا علم أن القتل حصل بالثاني بأن كان الأول بحال يجوز أن يسلّم الصيد منه ، والثاني بحال لا يسلّم الصيد منه ليكون القتل كله مضافا إلى الثاني ، وقد قتل حيوانا مخلوكا للأول منقوصا بالجراحة فلا يضمّنه كلاكهما إذا قتل عبدا مريضا ، وإن علم أن الموت يحصل من الجراحتين أو لا يدري قال في الزيادات : يضمّن الثاني مانقصة جراحته ، ثم يضمّنه نصف قيمته مجروحا بجراحتين ثم يضمّن نصف قيمة لحمه . أما الأول ، فلائنه جرح حيوانا مخلوكا للغير وقد نقصه فيضمّن مانقصه أو لا ، وأما الثاني : فلائنه الموت حصل بالجراحتين فيكون هو مطلقا نصفه ، وهو مملوك للغير ، فيضمّن نصف قيمته مجروحا بالجراحتين ، لأن الأولى ما كانت بصنعه والثانية ضمّنها مرة فلا يضمّنها ثانيا . وأما الثالث : فلائنه بالرمي الأول صار بحال يحمل بذكاة الاختيار لولارمي الثاني فهذا بالرمي الثاني أفسد عليه نصف اللحم فيضمّنه ولا يضمّن النصف الآخر لأنه ضمّنه مرة فستحلّ نعمان اللحم فيه ، وإن كان رماه الأول ثانيا ، فالجواب في حكم الإباحة كالجواب فيها إذا كان الرامي غيره ويصير كما إذا رمى صيدا على قلة جبل فأخنه ثم رماه ثانيا فأنزله لا يحمل لأن الثاني محرم كذا هذا .

قال (ويحوزا اصطيد ما يؤكل لحمه من الحيوان ومالا يؤكل) لاطلاق ما تلونا والصيد
لا يختص بما كحل اللحم ، قال قائلهم :

صيد الملوك أرانب وتعالب وإذا ركبت فصيدى الأبطال

ولأن صيده سبب للاتضاع بجلده أو شعره أو ريشه أو لاستدفاع شره وكل ذلك
مشروع والله أعلم بالصواب :

كتاب الرهن

الرهن لغة : حبس الشيء بأى سبب كان ، وفى الشريعة : جعل الشيء محبوسا
بحق يمكن استيفاءه من الرهن كالدبون وهو مشروع بقوله تعالى - فرهان مقبوضة - وبما
روى أنه عليه الصلاة والسلام اشترى من يهودى طعاما ورهنه به درعه ، وقد انعقد على
ذلك الاجماع ولأنه عقد وثيقة لجانب الاستيفاء فيعتبر بالوثيقة فى طرف الوجوب
وهى الكفالة .

قال (الرهن يتعقد بالإيجاب والقبول ويتم بالقبض) قالوا : الركن الإيجاب بمجردة ،
لأنه عقد تبرع ف يتم بالتبرع كالمبة والصلقة ، والقبض شرط الزوم على مانئنه لإنشاء الله تعالى ،
وقال مالك رحمه الله : يلزم بنفس المقد لأنه يختص بالمال من الجانبين فصار كالبيع ولأنه
عقد وثيقة فأشبه الكفالة . ولنا ما تلونا والمصدر المقرون بخرف الفاء فى محل الجزاء
يراد به الأمر ، ولأنه عقد تبرع لها أن الراهن لا يستوجب بمقابلته على المرتهن شيئا ،
ولها لا يجبر عليه فلا بد من إرضائه كما فى الوصية وذلك بالقبض ثم يكتفى فيه بالتخلية فى
ظاهر الرواية لأنه قبض بحكم عقد مشروع ، فأشبه قبض المبيع وعن أبى يوسف رحمه الله
أنه لا يثبت فى المنقول إلا بالنقل لأنه قبض موجب للضمان ابتداء بمنزلة الغصب
بخلاف الشراء لأنه ناقل للضمان من البائع إلى المشتري ، وليس بموجب ابتداء
والأول أوضح .

قال (وإذا قبضه المرتهن محوزا مفرغا متميزا تم العقد فيه) لوجود القبض بكماله فلزم العقد
(ومن لم يقبضه فالرهن بالغيار إن شاء سلمه وإن شاعرجع عن الرهن) لما ذكرنا أن الزوم
بالقبض لا بالقصد لا يحصل قبله .

قال (وإذا سلمه إليه فقبضه دخل في ضمانه) وقال الشافعي رحمه الله هو أمانة في يده ولا يسقط شيء من الدين بهلاكه ، لقوله عليه الصلاة والسلام « لا يغلط الرهن » قالنا ثلاثا « لصاحبه ضمنه وعليه غرمه » قال ومعناه لا يصير مضمونا بالدين ولأن الرهن وثيقة بالدين فببطلانها لا يسقط الدين اعتبارا ببطلان الصك وهذا لأن بعد الوثيقة يزداد معنى الضمانة والسقوط بالبطلان يضاد ما اقتضاه العقد إذا لحق به يصير بعرض الملاك وهو ضد الضمانة ، ولنا قول النبي عليه الصلاة والسلام للمرتين بعد ما نفق فرس الرهن عنده « ذهب حقلك » وقوله عليه الصلاة والسلام « إذا غمى الرهن فهو بما فيه » معناه على ما قالوا إذا اشتبهت قيمة الرهن بعد ما هلك ، وإجماع الصحابة والتابعين رضي الله عنهم على أن الرهن مضمون مع اختلافهم في كيفية فاقول بالأمانة خرق له ، والمراد بقوله عليه الصلاة والسلام « لا يغلط الرهن » على ما قالوا الاحتباس الكلي والتمكن بأن يصير مملوكا له كذا ذكر الكرخي عن السلف ولأن الثابت للمرتين يد الاستيفاء وهو ملك اليد ، والحبس لأن الرهن ينهى عن الحبس الدائم . قال الله تعالى - كل نفس بما كسبت رهينة - وقال قائلهم :

وقارتك برهن لافكاك له يوم الوداع فأمسى الرهن قد غلقا

والأحكام الشرعية تنعطف على الألفاظ على وفق الأبناء ؛ ولأن الرهن وثيقة لجانب الاستيفاء وهو أن تكون موصلة إليه ؛ وذلك ثابت له بملك اليد والحبس يقع الأمن من الجحود مخافة جحود المرتين الرهن وليكون عاجزا عن الانتفاع به فيفسارح إلى قضاء الدين لمعالجته أو لضجره وإذا كان كذلك ثبت الاستيفاء من وجه ، وقد تقرر بالملاك فلو استوفاه ثانيا يؤدي إلى الريا بخلاف حالة القيام ، لأنه ينقض هذا الاستيفاء بالرد على الرهن ، فلا يتكرر ولا وجه إلى استيفاء الباقي بدونه لأنه لا يتصور والاستيفاء يقع بالمالية . أما العين فأمانة حتى كانت نفقة المرهون على الرهن في حياته وكفته بعد مماته وكذا قبض الرهن لا ينوب عن قبض الشراء إذا اشتراه المرتين لأن العين أمانة فلا تنوب عن قبض ضمان وموجب العقد ثبوت يد الاستيفاء وهذا يحقق الضمانة ، وإن كان فراغ اللمة من ضروراته كافيا في الحوالة .

فالخلاصة : أن علينا حكم الرهن بضرورة الرهن محتسبا بدينه بإثبات يد الاستيفاء عليه . وعندنا خلق الدين بالعين استيفاء منه عينا بالبيع ويخرج على هذين الأصلين عدة

مع المسائل المختلف فيها بيننا وبينه عندناها في كفاية المنتهى جملة . منها : أن الراهن ممنوع من الاسترداد للانتفاع لأنه يفوت موجه وهو الاحتباس على الدوام وعنده لا يمنع منه لأنه لا ينافي موجه وهو تعينه للبيع ، وصيأتك البرأقي في أثناء المسائل إن شاء الله تعالى .
قال (ولا يصح الرهن إلا بدين مضمون) لأن حكمه ثبوت يد الاستيفاء والاستيفاء يتلو الوجوب ، قال رضى الله عنه : ويدخل على هذا اللفظ الرهن بالأعيان المضمونة بأنفسها فإنه يصح الرهن بها ولا دين ، ويمكن أن يقال إن الواجب الأصل فيها هو القيمة ورد للمعين مخلص على ماعليه أكثر المشايخ وهو دين ولهذا تصح الكفالة بها ، ولئن كان لا يجب إلا بعد الهلاك ولكنه يجب عند الهلاك بالقبض السابق ، ولهذا تعتبر قيمته يوم القبض فيكون رهنا بعد وجود سبب وجوبه فيصح كما في الكفالة ، ولهذا لا تبطل الحوالة المقيدة به بهلاكه بخلاف الوديعة .

قال (وهو مضمون بالأقل من قيمته ومن الدين فإذا هلك في يد المرتن وقيمه والدين سواء صار المرتن مستوفيا لدينه وإن كانت قيمة الرهن أكثر فالفضل أمانة في يده) لأن المضمون بقدر مايقب به الاستيفاء وذلك بقدر الدين (فإن كانت أقل سقط من الدين بقوله ورجع المرتن بالفضل) لأن الاستيفاء بقدر المألية .

وقال زفر رحمه الله : الرهن مضمون بالقيمة حتى لو هلك الرهن وقيمه يوم الرهن ألف وخمسة والدين ألف رجع الراهن على المرتن بخمسة ، له حديث على رضى الله عنه قال : يترادف الفضل في الرهن ولأن الزيادة على الدين مرهونة لكونها محبوسة به ، فتكون مضمونة اعتبارا بقدر الدين ، ومذهبنا مروى عن عمر وعبد الله بن مسعود رضى الله عنهم ، ولأن يد المرتن يد الاستيفاء ، فلا توجب الضمان إلا بالقدر المستوفى كما في حقيقة الاستيفاء والزيادة مرهونة به ضرورة امتناع حبس الأصل بدونها ولا ضرورة في حق الضمان ، والمراد بالترادف فيما يروى حالة البيع فإنه روى عنه أنه قال : المرتن أمين في الفضل .

قال (وللمرتن أن يطالب الراهن بدينه ويحبسه به) لأن حقه باق بعد الرهن والرهن لزيادة الصيانة فلا تمتنع به المطالبة والحبس جزاء الظلم فإذا ظهر مظهره عند القاضي يحبس كما بيناه على التفصيل فيما تقدم (وإذا طلب المرتن دينه يؤمر باحضار الرهن) لأن قبض الرهن قبض استيفاء : فلا يجوز أن يقبض ماله مع قيام يد الاستيفاء لأنه يكرر الاستيفاء

على اعتبار الملاك في يد المرتهن وهو محتمل (وإذا أحضره أمر الراهن بتسليم الدين إليه أولاً) ليعين حقه كما تعين حق الراهن تحقيقاً للتسوية كما في تسليم المبيع والتمن بمحض المبيع ثم يسلم الثمن أولاً (وإن طالبه بالدين في غير البلد الذي وقع العقد فيه إن كان الرهن عاماً لاجل له ولا مؤنة فكذلك الجواب) لأن الأماكن كلها في حق التسليم كمكان واحد فيما ليس له محل ومؤنة ، ولهذا لا يشترط بيان مكان الإبقاء فيه في باب السلم بالإجماع (وإن كان له محل ومؤنة يستوفى دينه ولا يكلف إحضار الرهن) لأن هذا نقل والواجب عليه التسليم بمعنى التخلي لالقول من مكان إلى مكان لأنه يتضرر به زيادة الضرر ولم يلتزمه (ولو سأل الراهن العدل على بيع المهرن فباعه بنقد أو نسيئة جاز) لإطلاق الأمر (فلو طالب المرتهن بالدين لا يكلف المرتهن إحضار الرهن) لأنه لاقدرة له على الإحضار (وكذا إذا أمر المرتهن ببيعه فباعه ولم يقبض الثمن) لأنه صار ديناً بالبيع بأمر الراهن نصار كأن الراهن رهنه وهو دين (ولو قبضه يكلف إحضاره) لقيام البذل مقام البذل لأن الذي يتولى قبض الثمن هو المرتهن ، لأنه هو العاقد فترجع الحقوق إليه وكما يكلف إحضار الرهن لاستيفاء كل الدين يكلف لاستيفاء نجم قد حل لاحتمال الملاك ، ثم إذا قبض الثمن يؤمر بإحضاره لاستيفاء الدين لقيامه مقام العين ، وهذا بخلاف ما إذا قتل رجل العبد الرهن خطأ حتى قضى بالقيمة على عاقلة في ثلاث سنين لم يجبر الراهن على قضاء الدين حتى يحضر كل القيمة ، لأن القيمة خذفت عن الرهن فلا بد من إحضار كلها كما لا بد من إحضار كل عين الرهن ، وما صارت قيمة بفعله وفيها تقدم صار ديناً بفعل الراهن فلهاذا افترقا (ولو وضع الرهن على يد العدل وأمر أن يودعه غيره ففعل ثم جاء المرتهن يطلب دينه لا يكلف إحضار الرهن) لأنه لم يؤتمن عليه حيث وضع على يد غيره فلم يكن تسليمه في قدرته (ولو وضعه العدل في يد من في عياله وغاب وطلب المرتهن دينه والذي في يده يقول : أودعني فلان ولا أدري لمن هو يجبر الراهن على قضاء الدين) لأن إحضار الرهن ليس على المرتهن لأنه لم يقبض شيئاً (وكذلك إذا غاب العدل بالرهن ولا يدري أين هو) لما قلنا (ولو أن الذي أودعه العدل جحد الرهن وقال : هو مالي لم يرجع المرتهن على الراهن بشيء حتى يثبت كونه رهنًا) لأنه لما جحد الرهن فقد توى المسأل ، والتوى على المرتهن ، فيتحقق استيفاء الدين ولا يملك المطالبة به .

قال (وإن كان الرهن في يده ليس عليه أن يمكنه من البيع حتى يقضيه الدين) لأن

حكمه الحبس الدائم إلى أن يقضى الدين على ما بيناه (ولو قضاء البعض فله أن يحبس كل الرهن حتى يستوفى البقية) اعتبارا بحبس المبيع (فإذا قضاء الدين قبل له سلم الرهن إليه) لأنه زال المانع من التسليم لوصول الحق إلى مستحقه (فلو هلك قبل التسليم استرد الراهن ما قضاؤه) لأنه صار مستوفيا عند الهلاك بالقبض السابق ، فكان الثاني استيفاء بعد استيفاء فيجب رده (وكذلك لو تفاسخا الرهن له حبسه ما لم يقبض الدين أو يبرئه ، ولا يبطل الرهن إلا بالرد على الراهن على وجه الفسخ) لأنه يبقى مضمونا ما بقى القبض والدين (ولو هلك في يده سقط الدين إذا كان به وفاء بالدين) لبقاء الرهن (وليس للمرتن أن ينفع بالرهن لباستخدام ولا بسكنى ولا لبس إلا أن يأذن له المالك) لأن له حق الحبس دون الانتفاع (وليس له أن يبيع إلا بتسليم من الراهن وليس له أن يؤاجر ويعير) لأنه ليس له ولاية الانتفاع بنفسه فلا يملك تسليط غيره عليه ، فإن فعل كان متعديا ولا يبطل عقد الرهن بالتعدي .

قال (وللمرتن أن يحفظ الرهن بنفسه وزوجته وولده وخادمه الذى فى عياله) قال رضى الله عنه : معناه أن يكون الولد فى عياله أيضا ، وهذا لأن عيته أمانة فى يده فصار كالوديعة (وإن حفظه بغير من فى عياله أو أودعه ضمن) وهل يضمن الثاني ؟ فهو على الخلاف ، وقد بينا جميع ذلك بدلائله فى الوديعة (وإذا تعدى المرتن فى الرهن ضمنه ضمان الفص بجمع قيمته) لأن الزيادة على مقدار الدين أمانة ، والأمانات تضمن بالتعدي (ولو رهنه خاتما فجعله فى خنصره فهو ضامن) لأنه متعدي بالاستعمال ، لأنه غير مأذون فيه ، وإنما الإذن بالحفظ والمعنى واليسرى فى ذلك سواء ، لأن العادة فيه مختلفة (ولو جعله فى بقية الأصابع كان رهنا بما فيه) لأنه لا يلبس كذلك عادة فكان من باب الحفظ ، وكذا العليلسان إن لبسه لبسا معتادا ضمن وإن وضعه على عاتقه لم يضمن (ولو رهنه سيفين أو ثلاثة فتقلدها لم يضمن فى الثلاثة وضمن فى السيفين) لأن العادة جرت بين الشجعان بتقلد السيفين فى الحرب ولم تجر بتقلد الثلاثة ، وإن لبس خاتما فوق خاتم إن كان هو ممن يتجمل بلبس خاتمين ضمن وإن كان لا يتجمل بذلك فهو حافظ فلا يضمن .

قال (وأجرة البيت الذى يحفظ فيه الرهن على المرتن وكذلك أجرة الحافظ وأجرة الرامى ونفقة الرهن على الراهن) والأصل أن ما يحتاج إليه لمصلحة الرهن وتبقيته فهو على الرامن ، سواء كان فى الرهن فضل أو لم يكن ، لأن المدين باق على ملكه وكذلك

منافعه مملوكة له فيكون إصلاحه وتبقيته عليه ، لما أنه مؤنة ملكه كما في الوديعة وذلك مثل الثقة في ما كله ومشربه وأجرة الراعي في معناه ، لأنه حلف الحيوان ، ومن هذا الجنس كسوة الرقيق وأجرة ظئر ولد الرهن وسقى البستان وكرى النهر وتلقيح نخيله وجذاذه والقيام بمصلحه وكل ما كان لحفظه أو لردّه إلى يد المرتن أو لرد جزء منه فهو على المرتن مثل أجرة الحافظ ، لأن الإمساك حق له والحفظ واجب عليه ، فيكون بدله عليه ، وكذلك أجرة البيت الذي يحفظ الرهن فيه ، وهذا في ظاهر الرواية . وعن أبي يوسف رحمه الله أن كراء المأوى على الراهن بمنزلة الثقة لأنه سعى في تبقيته ، ومن هذا القسم جعل الأبق ظنه على المرتن لأنه محتاج إلى إعادة يد الاستيفاء التي كانت له ليرده ، فكانت مؤنة الرد فيلزمه ، وهذا إذا كانت قيمة الرهن والدين سواء . وإن كانت قيمة الرهن أكثر فعليه بقدر المضمون ، وعلى الراهن بقدر الزيادة عليه ، لأنه أمانة في يده والرد لإعادة اليد ، ويده في الزيادة يد المالك إذ هو كالمودع فيها ، فلها يكون على المالك وهذا بخلاف أجرة البيت الذي ذكرناه ، فإن كلها تجب على المرتن ، وإن كان في قيمة الرهن فضل لأن وجوب ذلك بسبب الحبس ونحو الحبس في الكل ثابت له ، فأما الجمل إنما يلزمه لأجل الضمان فيقتدر بقدر المضمون .

قال (ومداواة الجراحة ومعالجة القروح ومعالجة الأمراض والقضاء من الجنابة تنقسم على المضمون والأمانة والخراج على الراهن خاصة) لأنه من مؤن الملك .

قال (والعشر فيما يخرج مقدم على حق المرتن) لتعلقه بالعين ، ولا يبطّل للرهن في الباقي لأن وجوبه لا ينافي ملكه بخلاف الاستحقاق .

قال (وما أداه أحدهما مما وجب على صاحبه فهو متطوع ، وما أنفق أحدهما مما يجب على الآخر بأمر القاضي رجع عليه) كأن صاحبه أمره به لأن ولاية القاضي عامة : وعن أبي حنيفة رحمه الله أنه لا يرجع إذا كان صاحبه حاضرا وإن كان بأمر القاضي ، وقال أبو يوسف رحمه الله : إنه يرجع في الوجهين وهي فرع مسألة الحجر ، والله أعلم .

باب ما يجوز ارتهانه والارتهان به وما لا يجوز

قال (ولا يجوز رهن المشاع) وقال الشافعي رحمه الله يجوز : ولنا فيه وجهان :
أحدهما يبتنى على حكم الرهن ، فإنه عندنا ثبوت يد الاستيفاء ، وهذا لا يقصور فيما يتناوله
العقد وهو المشاع ، وعنده المشاع يقبل ما هو الحكم عنده وهو تعيينه للبيع ، والثاني :
أن موجب الرهن هو الحبس الدائم ، لأنه لم يشرع إلا مقبوضا بالنص أو بالنظر إلى
المقصود منه وهو الاستيثاق من الوجه الذي يبناه ، وكل ذلك يتعلق بالدوام ، ولا يقضى إليه
إلا استحقاق الحبس ، ولو جوزناه في المشاع يفوت الدوام ، لأنه لا بد من المداومة ،
فيصير كما إذا قال : رهنك يوما ويوما لا ، ولهذا لا يجوز فيها يحتمل القسمة ، وما لا يحتملها
بخلاف الهبة حيث تجوز فيها لا يحتمل القسمة ، لأن المانع في الهبة غرامة القسمة وهو فيها
يقسم ، أما حكم الهبة الملك والمشاع يقبله وهما الحكم ثبوت يد الاستيفاء والمشاع لا يقبله
وإن كان لا يحتمل القسمة ، ولا يجوز من شريكه لأنه لا يقبل حكمه على الوجه الأول ،
وعلى الوجه الثاني : يسكن يوما بحكم الملك ويوما بحكم الرهن ، فيصير كأنه رهن يوما ويوما
لا ، والشيوخ الطارئون يمنع بقاء الرهن في رواية الأصل ، وعن أبي يوسف رحمه الله : أنه
لا يمنع لأن حكم البقاء أسهل من حكم الابتداء فأغلب الهبة : وجه الأول : أن الامتناع لعدم
المصلحة وما يرجع إليه فالإبتداء والبقاء سواء كالمهرمية في باب النكاح ، بخلاف الهبة لأن
المشاع يقبل حكمها وهو الملك ، واعتبار القبض في الإبتداء لنفي الغرامة على ما يبناه ولا حاجة
إلى اعتباره في حالة البقاء ، ولهذا يصح الرجوع في بعض الهبة ، ولا يجوز فسخ العقد في
بعض الرهن :

قال (ولا رهن ثمرة على رعوس النخيل دون النخيل ولا زرع الأرض دون الأرض
ولا رهن النخيل في الأرض دونها) لأن المهرمون متصل بما ليس بمهرمون خلقه فكان في
معنى الشائع .

قال (وكذا إذا رهن الأرض دون النخيل أو دون الزرع أو النخيل دون الثمر) لأن
الاتصال يقوم بالطرفين فصار الأصل أن المهرمون إذا كان متصلا بما ليس بمهرمون لم يجوز
لأنه لا يمكن قبض المهرمون وحده ، وعن أبي حنيفة رحمه الله : أن رهن الأرض بثلوث
الشجر جائز لأن الشجر اسم للثابت فيكون استثناء الأشجار بمواضعها ، بخلاف ما إذا رهن

الدار دون البناء ؛ لأن البناء اسم للمبنى فيصير رهننا جميع الأرض وهي مشغولة بملك الراهن .

قال (ولو رهن النخيل بمواضعها جاز) لأن هذه مجاورة وهي لا تمنع الصحة .
قال (ولو كان فيه ثمر يدخل في الرهن) لأنه تابع لاتصاله به فيدخل تبعاً تصحيحاً للعقد ، بخلاف البيع لأن بيع النخيل بدون الثمر جائز ولا ضرورة إلى إدخاله من غير ذكره ، وبخلاف المتاع في الدار حيث لا يدخل في رهن الدار من غير ذكر لأنه ليس بتابع بوجه ما وكذا يدخل الزرع والرطبة في رهن الأرض ولا يدخل في البيع لما ذكرنا في الثمرة .
قال (ويدخل البناء والغرس في رهن الأرض والدار والقرية) لما ذكرنا .

قال (ولو رهن الدار بما فيها جاز ، ولو استحق بعضه إن كان الباقي يجوز ابتداء الرهن عليه وحده بقي رهننا بحصته وإلا بطل كله) لأن الرهن جعل كأنه ماورد إلا على الباقي ، ويمنع التسليم كون الراهن أو متاعه في الدار المرهونة ، وكذا متاعه في الوعاء المرهون ، ويمنع تسليم الدابة المرهونة الحمل عليها ، فلا يتم حتى يلتقي الحمل ، لأنه شاغل لها ، بخلاف ما إذا رهن الحمل دونها حيث يكون رهننا تاماً إذا دفعها إليه ، لأن الدابة مشغولة به فصار كما إذا رهن متاعاً في دار أو في وعاء دون الدار والوعاء ، بخلاف ما إذا رهن سرجاً على دابة أو لجاماً في رأسها ودفع الدابة مع السرج واللجام حيث لا يكون رهننا حتى ينزعه منها ثم يسلمه إليه ، لأنه من توابع الدابة بمنزلة الثمرة للنخيل حتى قالوا يدخل فيه من غير ذكره .

قال (ولا يصح الرهن بالأمانات) كالودائع والعواري والمضاربات .

قال (ومال الشركة) لأن القبض في باب الرهن قبض مضمون فلا بد من ضمان ثابت ليقع القبض مضمواً ويتحقق استيفاء الدين منه .

قال (وكذلك لا يصح بالأعيان المضمونة بغيرها كالمبيع في يد البائع) لأن الضمان ليس بواجب . فإنه إذا هلك العين لم يضمن البائع شيئاً لكنه يسقط الثمن وهو حق البائع فلا يصح الرهن ، فأما الأعيان المضمونة بعينها وهو أن يكون مضموناً بالمثل أو بالقيمة عند هلاكه ، مثل المقصوب وبدل الخلع والمهر وبدل الصلح عن دم العمد فيصحب الرهن بها ، لأن الضمان مقترر فإنه إن كان قائماً وجب تسليمه وإن كان هالكا تجب قيمته فكان رهننا بما هو مضمون فيصح .

قال (والرهن بالدرك باطل والكفالة بالدرك جائزة) واتفق أن الرهن للاستيفاء ، ولا استيفاء قبل الوجوب ، وإضافة التملك إلى زمان في المستقبل لا تجوز ، أما الكفالة فلا تزام المطالبة والتزام الأفعال يصح مضافا إلى المال كما في الصوم والصلاة ، ولهذا تصح الكفالة بما ذاب له على فلان ولا يصح الرهن ، فلو قبضه قبل الوجوب فهلك عنه يهلك أمانته لأنه لا عقد حيث وقع باطلا بخلاف الرهن بالدين الموعود ، وهو أن يقول : وهتك هذا لتعرضني ألف درهم ، وهلك في يد المرتين حيث يهلك بما سمى من المال بمقابله ، لأن الموعود جعل كالموجود باعتبار الحاجة ، ولأنه مقبوض بمجة الرهن الذي يصح حل أعياره وجوده فيعطى له حكمه كالمقبوض على سوم الشراء فيضمته .

قال (ويصح الرهن برأس مال السلم ويشمن الصرف والمسلم فيه) وقال زفر رحمه الله لا يجوز لأن حكمه الاستيفاء ، وهذا استبدال لعلم المجانسة وباب الاستبدال فيها مسدود . ولنا أن المجانسة ثابتة في المالية فيتحقق الاستيفاء من حيث المال وهو المضمون على ما مر .

قال (والرهن بالمبيع باطل) لما بينا أنه غير مضمون بنفسه ،

قال (فإن هلك ذهب بغير شيء) لأنه لا اعتبار للباطل ببقى قبضا بإذنه ،

قال (وإن هلك الرهن يشمن الصرف ورأس مال السلم في مجلس العقد ثم الصرف والسلم ، وصار المرتين مستوفيا لدينه حكما) لتحقق القبض حكما :

قال (وإن افترقا قبل هلاك الرهن بطلا) لفوات القبض حقيقة وحكما .

قال (وإن هلك الرهن بالمسلم فيه بطل السلم بهلاكه) وهناه أنه يصير مستوفيا للسلم فيه فلم يبق السلم .

قال (ولو تفاسخ السلم وبالمسلم فيه رهن يكون ذلك رهنا برأس المال حتى يحبس) لأنه بدله نصار كالمغصوب إذا هلك وبه رهن يكون رهنا بقيمته :

قال (ولو هلك الرهن بعد التفاسخ يهلك بالطعام المسلم فيه) لأنه رهنه به ، وإن كان محبوسا بعيره كمن باع عبدا وسلم المبيع وأخذ بالثمن رهنا ثم تقايلا البيع له أن يحبس لأخذ المبيع لأن الثمن بدله ، ولو هلك المهرمون يهلك بالثمن لما بينا ، وكذا لو اشترى عبدا شراء خاسرا وأدى ثمنه له أن يحبس ليستوفى الثمن ، ثم لو هلك للمشتري في يد المشتري يهلك بقيمته فكذا هنا .

قال (ولا يجوز رهن الحر والمدبر والمكاتب وأم الولد) لأن حكم الرهن ثبوت

يد الاستيفاء ، ولا يتحقق الاستيفاء من هؤلاء لعدم المالية في الحرّ وقيام المانع في البائع ، ولا يجوز الرهن بالكفالة بالنفس ، وكذا بالقصاص في النفس وما دونها لتعلق الاستيفاء بخلاف ما إذا كانت الجناية خطأ لأن استيفاء الأرض من الرهن ممكن .

قال (ولا يجوز الرهن بالشفعة) لأن المبيع غير مضمون على المشتري .

قال (ولا بالعبد الجاني والعبد المأذون المدبون) لأنه غير مضمون على المولى فإنه لو هلك لا يجب عليه شيء .

قال (ولا بأجرة النائحة والمغنية ، حتى لو ضاع لم يكن مضمونا) لأنه لا يقابله شيء مضمون .

قال (ولا يجوز للمسلم أن يرهن خيرا أو برته من مسلم أو ذمي) لتعلق الإيفاء والاستيفاء في حق المسلم ثم الراهن إذا كان ذميا فالرهن مضمون عليه للذمي كما إذا غصبه ، وإن كان المرتن ذميا لم يضمنها للمسلم كما لا يضمنها بالغصب منه ، بخلاف ما إذا جرى ذلك فيما بينهم ، لأنها مال في حقهم ، أما الميتة فليست بمال عندهم فلا يجوز رهنها وارثاتها فيما بينهم ، كما لا يجوز فيما بين المسلمين بمال .

(ولو اشترى عبدا ورهن بشفعة عبدا أو خلا أو شاة مذبوحة ثم ظهر العبد خرا أو انحل خرا أو الشاة ميتة فالرهن مضمون) لأنه رهنة بدين واجب ظاهرا (وكذا إذا قتل عبدا ورهن بقيمته رهنا ثم ظهر أنه حر) وهذا كله على ظاهر الرواية (وكذا إذا صالح على إنكار ورهن بما صالح عليه رهنا ثم تصادقا أن لا دين فالرهن مضمون) وعن أبي يوسف رحمه الله خلافا ، وكذا قياسه فيما تقدم من جنسه :

قال (ويجوز للأب أن يرهن بدين عليه عبدا لابنه الصغير) لأنه يملك الإيداع ، وهذا أنظر في حق الصبي منه لأن قيام المرتن بحفظه أبلغ خيفة الغرامة (ولو هلك يملك مضمونا والوديعة تملك أمانة والوصى بمنزلة الأب) في هذا الباب لما بينا . وعن أبي يوسف وزفر رهما الله : أنه لا يجوز ذلك منهما وهو القياس اعتبارا بحقيقة الإيفاء ، ووجه الفرق على الظاهر وهو : الاستحسان أن في حقيقة الإيفاء لذالة ملك الصغير من غير حوض يقابله في الحال ، وفي هذا نصب حافظ لماله ناجزا مع بقاء ملكه . فوضع الفرق (وإذا جاز الرهن بصير المرتن مستوفيا دينه لو هلك في يده وبصير الأب) أو الوصي (موتيا له ويضمنه الصبي) لأنه قضى دينه بماله ، وكذا لو سلط الميراث على يده ، لأنه

توكيل بالبيع وما يملكه ، قالوا : أصل هذه المسئلة البيع فإن الأب أو الوصي إذا باع مال الصبي من غريم نفسه جاز وتقع المقاصة ويضمنه للصبي عندها ، وعند أبي يوسف رحمه الله : لا تنفع المقاصة ، وكذا وكيل البائع بالبيع والرمز نظير البيع نظرا إلى عاقبته من حيث وجوب الضمان .

(وإذا رهن الأب متاع الصغير من نفسه أو من ابن له صغير أو عبد له تاجر لا دين عليه جاز) لأن الأب لو فور شفقتة أزل منزلة شخصين وأقيمت عبارته مقام عبلتين في هذا العقد كما في بيعه مال الصغير من نفسه فتولى طرفي العقد (ولو ارتنه الوصي من نفسه أو من هذين أو رهن عينا له من اليتيم يحق لبيته عليه لم يجز) لأنه وكيل محض ، والواحد لا يتولى طرفي العقد في الرهن كما لا يتولاهما في البيع وهو قاصر الشفقة ، فلا يعدل عن الحقيقة في حق إلحاقا له بالأب ، والرهن من ابنه الصغير وعبده التاجر الذي ليس عليه دين بمنزلة الرهن من نفسه ، بخلاف ابنه الكبير وأبيه وعبده الذي عليه دين لأنه لا ولاية له عليهم ، بخلاف الوكيل بالبيع إذا باع من هؤلاء لأنه منهم فيه ، ولا حجة في الرهن لأن له حكما واحدا (وإن استدان الوصي لليتيم في كسوته وطعامه فرهن به متاعا لليتيم جاز) لأن الاستدانة جائزة للحاجة ، والرهن يقع لإيفاء الحق فيجوز (وكذلك لو أئجر لليتيم فارتن أو رهن) لأن الأولى له التجارة تشميرا لمال اليتيم فلا يبعد بدا من الارتنان والرهن لأنه إيفاء واستيفاء (وإذا رهن الأب متاع الصغير فأدرك الابن ومات الأب ليس للابن أن يردّه حتى يقضى الدين) لوقوعه لازما من جانبه ، إذ تصرف الأب بمنزلة تصرفه بنفسه بعد البلوغ لقيامه مقامه (ولو كان الأب رهنه لنفسه فقضاء الابن رجع به في مال الأب) لأنه مضطر فيه لحاجته إلى إحياء ملكه فأشبهه بمعير الرهن (وكذا إذا هلك قبل أن يشتك) لأن الأب بصير قاضيا دينه بماله فله أن يرجع عليه (ولو رهنه بدين على نفسه وبدين على الصغير جاز) لاشتتاله على أمرين جائزين (فإن هلك ضمن الأب حصته من ذلك للولد) لإيفائه دينه من ماله بهذا المقدار وكذلك الوصي وكذلك الجد أب الأب إذ لم يكن الأب أو وصي الأب .

(ولو رهن الوصي متاعا لليتيم في دين استدانه عليه وقبض المرتن ثم استماره الوصي لحاجة اليتيم فضاع في يد الوصي فإنه خرج من الرهن وهلك من مال اليتيم) لأن فعل الوصي كفعله بنفسه بعد البلوغ ، لأنه استماره لحاجة الصبي والحكم فيه ، هذا على ما نبيه

إن شاء الله تعالى (والمال دين على الوصى) معناه هو المطالب به (ثم يرجع بذلك على الصبي) لأنه غير متعد في هذه الاستعارة ، إذ هي لحاجة الصبي (ولو استعاره لحاجة نفسه ضمنه للصبي) لأنه متعد ، إذ ليس له ولاية الاستعمال في حاجة نفسه (ولو غصبه الوصى بعد مارهته فاستعمله لحاجة نفسه حتى هلك عنده فالوصى ضامن لقيمته) لأنه متعد في حق المرتن بالغصب والاستعمال وفي حق الصبي بالاستعمال في حاجة نفسه فيقضى به الدين إن كان قد حل (فإن كانت قيمته مثل الدين آداء إلى المرتن ولا يرجع حل اليتيم) لأنه وجب لليتيم عليه مثل ما وجب له على اليتيم فالقيا قصاصا (وإن كانت قيمته أقل) من الدين (أدى قدر القيمة إلى المرتن وأدى الزيادة من مال اليتيم) لأن المضمون عليه قدر القيمة لا غير (وإن كانت قيمة الرهن أكثر من الدين أدى قدر الدين من القيمة إلى المرتن والفضل لليتيم ، وإن كان لم يحل الدين فالقيمة رهن) لأنه ضامن للمرتن بتغويت حقه المحترم ، فتكون رهنا عنده ، ثم إذا حل الأجل كان الجواب على الضمحل الذى فصلناه .

(ولو أنه غصبه واستعمله لحاجة الصغير حتى هلك في يده يضمنه لحق المرتن ولا يضمنه لحق الصغير) لأن استعماله لحاجة الصغير ليس بتعد ، وكلما أخذ لأن له ولاية أخذ مال اليتيم ، ولهذا قال في كتاب الإقرار : إذا أقر الأب أو الوصى بنصب مال الصغير لا يلزمه شيء لأنه لا يتصور غصبه لما أن له ولاية الأخذ ، فإذا هلك في يده يضمنه للمرتن يأخذه بدينه إن كان قد حل ويرجع الوصى على الصغير ، لأنه ليس بتعد بل هو عامل له ، وإن كان لم يحل يكون رهنا عند المرتن ، ثم إذا حل الدين يأخذ دينه منه ويرجع الوصى على الصبي بذلك لما ذكرنا .

قال (ويجوز رهن الدراهم والدنانير والمكيل والموزون) لأنه يتحقق الاستيفاء منه فكان محلا للرهن (فإن رهنتم بجنسها فهلكت هلكت بمثلها من الدين وإن اختلفا في الجودة) لأنه لا معتبر بالجودة عند المقابلة بجنسها ، وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله لأن عنده يصير مستوفيا باعتبار الوزن دون القيمة ، وعندهما يضمن القيمة من خلاف جنسه ، ويكون رهنا مكانه .

(وفي الجامع الصغير : فإن رهن إريق فضة وزنه عشرة عشرة فضاع فهو بما فيه) قال رضى الله عنه : معناه : أن تكون قيمته مثل وزنه أو أكثر هذا الجواب في الوجهين

بالانفاق ، لأن الاستيفاء عنده باعتبار الوزن وعندهما باعتبار القيمة ، وهى مثل الدين فى الأول وزيادة عليه فى الثانى فيصير يقدر الدين مستوفيا (فإن كانت قيمته أقل من الدين فهو على الخلاف) المذكور ، لهما : أنه لوجه إلى الاستيفاء بالوزن لما فيه من الضرر بالمرتبه ، ولا إلى اعتبار القيمة ، لأنه يؤدى إلى الربا فصرنا إلى التضمين ، بخلاف الجنس ليقتضى القبض ويجعل مكانه ثم يملكه ، وله : أن الجوده ساقطة العبارة فى الأموال الربوية عند المقابلة بجنسها واستيفاء الجيد بالرديء جائز كما إذا تجوز به ، وقد حصل الاستيفاء بالإجماع ، ولما يحتاج إلى تقضيه ، ولا يمكن تقضيه بإيجاب الضمان ، لأنه لا بد له من مطالب ومطالب ، وكذا الإنسان لا يضمن ملك نفسه ، ويضمن التضمين بتعذر التقضى ، وقيل هذه فريضة ما إذا استوفى الزيوف مكان الجياد فهلكت ثم علم بالزيفه يمنع الاستيفاء ، وهو معروف ، غير أن البناء لا يصح على ما هو المشهور ، لأن عمدا فيها مع أبى حنيفة رحمه الله ، وفى هذا مع أبى يوسف رحمه الله ، والفرق لمحمد رحمه الله أنه قبض الزيوف ليستوفى من عينها والزيفه لا تمنع الاستيفاء وقد تم بالملك وقبض الرهن ليستوفى من محل آخر ، فلا بد من قبض القبض ، وقد أمكن عنده بالتضمين ، ولو انكسر الإبريق فى الوجه الأول ، وهو ما إذا كانت قيمته مثل وزنه عند أبى حنيفة وأبى يوسف ورحمهما الله : لا يجبر على الفكك ، لأنه لا وجه إلى أن يذهب شيء من الدين لأنه يصير ناقصا دينه بالجوذة على الأفراد ، ولا إلى أن يفتكه مع التقصان لما فيه من الضرر فغيرناه إن شاء افتكه بما فيه ، وإن شاء ضمنه قيمته من جنسه أو خلاف جنسه ، وتكون رهنا عند المرتبه والمكسور للمرتبه بالضمان ، وعند محمد رحمه الله : إن شاء افتكه ناقصا وإن شاء جعله بالدين اعتبارا لحالة الإنكسار بحالة الهلاك ، وهذا لأنه لما تعذر الفكك مجانا صلب بمنزلة الهلاك ، وفى الهلاك الحقيق مضمون بالدين بالإجماع ، فكذلك فيما هو فى معناه .

قلنا : الاستيفاء عند الهلاك بالمالية وطريقه أن يكون مضمونا بالقيمة ثم تقع المقاصة ، وفى جعله بالدين إغلاق الرهن ، وهو حكم جاهل فكان التضمين بالقيمة أولى ، وفى الوجه الثالث : وهو ما إذا كانت قيمته أقل من وزنه ثمانية يضمن قيمته جيدا من خلاف جنسه أو رديئا من جنسه ، وتكون رهنا عنده وهذا بالانفاق ، أما عندهما فظاهر ، وكذلك عند محمد رحمه الله ، لأنه يعتبر حالة الإنكسار بحالة الهلاك والهلاك عطفة بالقيمة ، وفى الوجه الثانى وهو ما إذا كانت قيمته أكثر من وزنه اتى حشر عند

أبى حنيفة رحمه الله: يضمن جميع قيمته وتكون رهنا عنده ، لأن العبرة للوزن حتمه
للاجودة والرداءة ، فإن كان باعتبار الوزن كله مضمونا يجعل كله مضمونا ، وإن كان بعضه
فبعضه ، وهذا لأن الجودة تابعة للذات ومقى صار الأصل مضمونا استحالة أن يكون
البيع أمانة ، وعند أبى يوسف رحمه الله : يضمن خمسة أمداس قيمته ، ويكون خمسة
أمداس الإبريق له بالضمآن ومسلمه يفرز ، حتى لا يبقى الرهن شائعا ويكون مع قيمته
خمس أمداس المكسور رهنا ، فعنده تعتبر الجودة والرداءة ، وتجعل زيادة القيمة كزيادة
الوزن كأن وزنه اثنا عشر ، وهذا لأن الجودة متقومة في ذاتها ، حتى تعتبر عند المقابلة
بمخلاف جنسها ، وفي تصرف المريض وإن كانت لا تعتبر عند المقابلة بمجنسها سمعا فأمكن
اعتبارها ، وفي بيان قول محمد رحمه الله نوع طول يعرف في موضعه من المبسوط والزيادات
مع جميع شعبها .

قال (ومن باع عبدا على أن يرهنه المشتري شيئا بعينه جاز استحسانا) والقياس
أن لا يجوز وعلى هذا القياس : والاستحسان إذا باع شيئا على أن يعطيه كفيلا معينا حاضرا
في المجلس فقبل ، وجه القياس : أنه صفقة في صفقة وهو منهي عنه ، ولأنه شرط لا يقتضيه
العقد ، وفيه منفعة لأحدهما ومثله بفسد البيع ، وجه الاستحسان : أنه شرط ملائم للعقد
لأن الكفالة والرهن للإستيثاق ، وأنه يلائم الوجوب ، فإذا كان الكفيل حاضرا
في المجلس والرهن معينا اعتبرنا فيه المعنى ، وهو ملائم فصح العقد ، وإذا لم يكن الرهن
ولا الكفيل معينا أو كان الكفيل غائبا حتى افترقا لم يبق معنى الكفالة والرهن للجعالة
فيقي : الإعتبار لعينه فيفسد ، ولو كان غائبا فحضر في المجلس وقبل صح (ولو امتنع المشتري
من تسليم الرهن لم يجبر عليه) وقال زفر رحمه الله : يجبر ، لأن الرهن إذا شرط في البيع
صار حقا من حقوقه كالوكالة المشروطة في الرهن فيلزمه بلزومه ، ونحن نقول : الرهن
عقد تبرع من جانب الرامن على ما بيناه ولاجبر على التبرعات (ولكن البائع بالخيار
إن شاء رضى بترك الرهن ، وإن شاء فسخ البيع) لأنه وصف مرغوب فيه ومارضى إلا به
فيتخير بفواته (إلا أن يدفع المشتري الثمن حالا) لحصول المقصود (أو يدفع قيمة الرهن
رهنا) لأن يد الإستيفاء تثبت على المعنى وهو القيمة .

قال (ومن اشترى ثوبا بدينار فقال للبائع أسلك هذا الثوب حتى أعطيك الثمن فالنوب
رهن) لأنه أتى بما ينبي عن معنى الرهن وهو الحبس إلى وقت الإعطاء ، والهيبة

في العقود للمعاني حتى كانت الكفالة بشرط براءة الأصل حوالة والحوالة في ضد ذلك كفالة ، وقال زفر رحمه الله : لا يكون رهنا ومثله عن أبي يوسف رحمه الله ، لأن قوله : أصلك ، يشمل الرهن ويحتل الإيداع ، والثاني أقلهما فيقضى بثبوته ، بخلاف ما إذا قال أمسكه بدينك أو بمالك ، لأنه لما قابله بالدين فقد عين جهة الرهن : قلنا : لما مداه إلى الاحتطاه علم أن مراده الرهن .

فصل

(ومن رهن عدين بألف ففضى حصصه أحدهما لم يكن له أن يقبضه حتى يؤدي باقي الدين .) وحصص كل واحد منهما ما يخصه إذا قسم الدين على قيمتهما ، وهذا لأن الرهن محبوس بكل الدين ، فيكون محبوسا بكل جزء من أجزائه مبالغة في حله على قضاء الدين ، وصار كالبيع في يد البائع ، فإن سمي لكل واحد من أعيان الرهن شيئا من المال الذي رهنه به فكلا الجواب في رواية الأصل ، وفي الزيادات له أن يقبضه إذا أدى ماسمى له ، وجه الأول : أن العقد متحد لا ينفرد بتفرق التسمية كما في المبيع ، وجه الثاني : أنه لا حاجة إلى الإجماع ، لأن أحد العقدين لا يصير مشروطا في الآخر ، ألا يرى أنه لو قبل الرهن في أحدهما جاز .

قال (فإن رهن هينا واحدة عند رجلين بدين لكل واحد منهما عليه جاز وجيمها رهن عند كل واحد منهما) لأن الرهن أضيف إلى جميع العين في صفقة واحدة ولا شيوخ فيه ، وموجبه صيرورته محتسبا بالدين ، وهذا مما لا يقبل الوصف بالتجزى ، فصار محبوسا بكل واحد منها ، وهذا بخلاف الهبة من رجلين حيث لا تجوز عند أبي حنيفة رحمه الله (فإن نها باف لكل واحد منهما في نوبته كالعدل في حق الآخر ، والمضمون على كل واحد منهما حصته من الدين) لأن عند الحلاك يصير كل واحد منهما مستوفيا حصته إذ الإتياف مما يتجزأ .

قال (فإن أعطى أحدهما دينه كان كله رهنا في يد الآخر) لأن جميع العين رهن في يد كل واحد منهما من غير تفرق ، وعلى هذا حبس المبيع إذا أدى أحد المشتريين حصصه من الثمن .

قال (وإن رهن رجلان بدين عليهما رجلا رهنا واحدا فهو جائز والرهن رهن بكل الدين فلم يرتفع أن يسكه حتى يستوفي جميع الدين) لأن قبض الرهن يحصل في الكل من

غير شيوع (فإن أقام الرجلان كل واحد منهما البينة على رجل أنه رهنه عبده الذى فى يده وقبضه فهو باطل) لأن كل واحد منهما أثبت بيئته أنه رهنه كل العبد ، ولاوجه إلى القضاء لكل واحد منهما بالكل ، لأن العبد الواحد يستحيل أن يكون كله رهنا لهذا كله رهنا لذلك فى حالة واحدة ، ولا إلى القضاء بكله لواحد بعينه لعدم الأولوية ، ولا إلى القضاء لكل واحد منهما بالنصف ، لأنه يؤدى إلى الشيوع ، فتعذر العمل بهما وتعين التنازع ، ولا يقال إنه يكون رهنا لهما كأنهما ارتبناه معا إذا جهل التاريخ بينهما وجعل فى كتاب الشهادات ، هذا وجه الاستحسان ، لأننا نقول : هذا عمل على خلاف ما اقتضته الحججة ، لأن كلا منهما أثبت بيئته حبسا يكون وسيلة إلى مثله فى الإستيفاء ، وهذا القضاء يثبت حبس يكون وسيلة إلى شطره فى الإستيفاء ، وليس هذا عملا على وفق الحججة ، وما ذكرناه وإن كان قياسا لكن محمدا رحمه الله أخذ به لقوته ، وإذا وقع باطلا فلو هلك يهلك أمانة لأن الباطل لا حكم له .

قال (ولومات الراهن والعبد فى أيديهما فأقام كل واحد منهما البينة على ما وصفنا كان فى يد كل واحد منهما نصفه رهنا ببيعه بحقه استحسانا) وهو قول أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله ، وفى القياس هذا باطل وهو قول أبى يوسف رحمه الله ، لأن الحبس للاستيفاء حكم أصلى للعقد الرهن فيكون القضاء به قضاء بعقد الرهن ، وأنه باطل للشيوع كما فى حالة الحياة ، وجه الاستحسان : أن العقد لا يراد لذاته ، وإنما يراد لحكمه وحكمه فى حالة الحياة الحبس والشيوع يضره ، وبعد الممات الاستيفاء بالبيع فى الدين والشيوع لا يضره ، وصار كما إذا ادعى الرجلان نكاح امرأة ، أو ادعت أختان النكاح على رجل ، وأقاموا البينة تهاوت فى حالة الحياة ويقضى بالميراث بينهم بعد الممات لأنه يقبل الانقسام والله أعلم :

باب الرهن يوضع على يد العدل

قال (وإذا اتفقا على وضع الرهن على يد العدل جاز ، وقال مالك لا يجوز) ذكر قوله بعض النسخ لأن يد العدل يد المالك ، ولهذا يرجع العدل عليه عند الاستحقاق فانعدم القبض . ولنا : أن يده على الصورة يد المالك فى الحفظ إذ العين أمانة ، وفى حق المالية يد المرتين ، لأن يده يد ضمان والمضمون هو المالية فنزل منزلة الشخصين تحقيقا لما قصداه من الرهن ، وإنما يرجع العدل على المالك فى الاستحقاق ، لأنه نائب عنه فى حفظ العين كالمدود :

قال (وليس للمرتين ولا للراهن أن يأخذ منه) لتعلق حق الراهن في الحفظ بيده وأمانته، وتعلق حق المرتين به استيفاء فلا يملك أحدهما إبطال حق الآخر (فلو هلك في يده هلك في ضمان المرتين) لأن يده في حق المسالية يد المرتين وهي المضبوطة (ولو دفع العدل إلى الراهن أو المرتين ضمن) لأنه مودع الراهن في حق العين ومودع المرتين في حق المسالية وأحدهما أجنبي عن الآخر والمودع بضمن بالدفع إلى الأجنبي (وإذا ضمن العدل قيمة الرهن بعد ما دفع إلى أحدهما وقد استهلكه المدفوع إليه أو هلك في يده لا يقدر أن يجعل القيمة رهنا في يده) لأنه يصير قاضيا ومقتضيا، وبينهما تناف، لكن يتفقان على أن يأخذها منه ويحصلها رهنا عنده أو عند غيره، وإن تعلق اجتماعهما يرفع أحدهما إلى القاضي ليفعل كذلك، ولو فعل ذلك ثم قضى الراهن الدين وقد ضمن العدل القيمة بالدفع إلى الراهن فالقيمة تساقط له لوصل المرحون إلى الراهن ووصول الدين إلى المرتين، ولا يجتمع البذل والمبدل في ملك واحد (وإن كان ضمنها بالدفع إلى المرتين فالراهن يأخذ القيمة منه) لأن العين لو كانت قائمة في يده يأخذها إذا أدى الدين فكذلك يأخذ ما قام مقامها ولا جمع فيه بين البذل والمبدل .

قال (وإذا وكل الراهن المرتين أو العدل أو غيرها ببيع الرهن عند حلول الدين فالوكالة جائزة) لأنه توكيل ببيع ماله (وإن شرطت في عقد الرهن ، فليس للراهن أن يعزل الوكيل وإن عزله لم ينزل) لأنها لما شرطت في ضمن عقد الرهن صار وصفا من أوصافه وحقا من حقوقه ، ألا ترى أنه لزيادة الوثيقة فيلزم بلزوم أصله ، ولأنه تعلق به حق المرتين وفي العزل إتمامه، وصار كالتوكيل بالخصومه بطلب المدعى (ولو وكله بالبيع مطلقا حتى ملك البيع بالتقيد والتسليم ثم نهاه عن البيع نسبة لم يعمل فيه) لأنه لازم بأصله فكيف بوصفه لما ذكرنا (وكذا إذا عزله المرتين لا ينزل) لأنه لم يوكله وإنما وكله غيره (وإن مات الراهن لم ينزل) لأن الرهن لا يبطل بموته ، ولأنه لو بطل إنما يبطل لحق الورثة وحق المرتين مقدم .

قال (وللوكيل أن يبيعه بغير محضر من الورثة ، كما يبيعه في حال حياته بغير محضر منه ، وإن مات المرتين فالوكيل على وكالته) لأن العقد لا يبطل بموتهما ولا بموت أحدهما فيبقى حقوقه وأوصافه (وإن مات الوكيل انتقضت الوكالة ولا يقوم وراثته ولا وصيه مقامه) لأن الوكالة لا يجرى فيها الإرث، ولأن الموكل رضى برأيه لا برأى غيره ، وعن أبي يوسف رحمه الله : أن وصى الوكيل يملك بيعه ، لأن الوكالة لازمة فيملكه الوصى كالمطلوب

إذا مات بعد ماصار رأس المال أعيانا بملك وصى المضارب بيعها لما أنه لازم بعد ماصار أعيانا .

قلنا : التوكيل حق لازم لكن عليه والإرث يجري فيما له ، بخلاف المضاربة لأنه حق المضارب (وليس للمرتين أن يبيعه إلا برضا الراهن) لأنه ملكه وما رضى ببيعه ، (وليس للراهن أن يبيعه إلا برضا المرتين) لأن المرتين أحق بمالته من الراهن فلا يقدر الراهن على تسليمه بالبيع .

قال (فإن حلّ الأجل وأنى الوكيل الذى فى يده الرهن أن يبيعه والراهن غائب أجبر على بيعه) لما ذكرنا من الوجهين فى لزومه (وكذلك الرجل يوكل غيره بالخصومة وغاب الموكل فأنى أن يخاصم أجبر على الخصومة) لوجه الثانى : وهو أن فيه إتياء الحق ، بخلاف الوكيل بالبيع لأن الموكل يبيع بنفسه فلا يتوى حقه .

أما المدعى لا يقدر على الدعوى والمرتهن لا يملك بيعه بنفسه ، فلم يكن التوكيل مشروطا فى عقد الرهن وإنما شرط بعده ، قيل لا يجبر اعتبارا بالوجه الأول ، وقيل يجبر رجوعا إلى الوجه الثانى وهذا أصح . وعن أبى يوسف رحمه الله أن الجواب فى الفصلين واحد ويؤيده إطلاق الجواب فى الجامع الصغير وفى الأصل .

(وإذا باع العدل الرهن فقد خرج من الرهن والتمن قائم مقامه فكان رهنا وإن لم يقبض بعد) لقيامه مقام ما كان مقبوضا . وإذا توى كان مال المرتين لبقاء عقد الرهن فى التمن ، لقيامه مقام المبيع المرهون وكذلك إذا قتل العبد الرهن وغرم القاتل قيمته ، لأن المالك يستحقه من حيث المالية وإن كان بدل الدم ، فأخذ حكم ضمان المال فى حق المستحق بنى عقد الرهن وكذلك لو قتل عبد فدفع به لأنه قائم مقام الأول لصما ودما .

قال (وإن باع العدل الرهن فأوفى المرتين التمن ، ثم استحق الرهن فضمنه العدل كان بالخيار ، إن شاء ضمن الراهن قيمته ، وإن شاء ضمن المرتين التمن الذى أعطاه ، وليس له أن يفسده غيره) وكشف هذا أن المرهون المبيع إذا استحق إما أن يكون هالكا أو قائما . وفى الوجه الأول المستحق بالخيار إن شاء ضمن الراهن قيمته لأنه غاصب فى حقه ، وإن شاء ضمن العدل ، لأنه متعدي فى حقه بالبيع والتسليم ، فإن ضمن الراهن نفذ البيع وصح الانتضاء لأنه ملكه بأداء الضمان فتبين أنه أمره ببيع ملك نفسه ، وإن ضمن البائع ينفذ هيبع أيضا لأنه ملكه بأداء الضمان فتبين أنه باع ملك نفسه . وإذا ضمن العدل ، فالعدل بالخيار إن شاء رجع على الراهن بالقيمة لأنه وكيل من جهته عامل له ، فيرجع عليه بما

لحقه من العهدة ، ونفذ البيع وصح الاقتضاء ، فلا يرجع المرتين عليه بشيء من دينه ، وإن شاء رجع على المرتين بالثمن لأنه تبين أنه أخذ الثمن بغير حق ، لأنه ملك العبد بأداء الضمان ونفذ يسه عليه فصار الثمن له ، وإنما أداه إليه على حساب أنه ملك الراهن ، فإذا تبين أنه ملكه لم يكن راضيا به ، فله أن يرجع به عليه وإذا رجع بطل الاقتضاء ، فيرجع المرتين على الراهن بدينه ، وفي الوجه الثاني وهو أن يكون قائما في يد المشتري فالمستحق أن يأخذه من يده لأنه وجد عين ماله ، ثم للمشتري أن يرجع على العدل بالثمن لأنه العاقد فتعلق به حقوق العقد ، وهذا من حقوقه حيث وجب بالبيع ، وإنما أداه ليسلم له المبيع ولم يسلم ، ثم العدل بالخيار : إن شاء رجع على الراهن بالقيمة لأنه هو الذي أدخله في هذه العهدة فيجب عليه تخليصه ، وإذا رجع عليه صح قبض المرتين لأن المقبوض سلم له ، وإن شاء رجع على المرتين ، لأنه إذا انتقض العقد بطل الثمن وقد قبضه ثمنا فيجب نقض قبضه ضرورة . وإذا رجع عليه وانتقض قبضه عاد حقه في الدين كما كان فيرجع به على الراهن ، ولو أن المشتري سلم الثمن إلى المرتين لم يرجع على العدل لأنه في البيع عامل للراهن ، وإنما يرجع عليه إذا قبض ولم يقبض بقي الضمان على الموكل ، وإن كان التوكيل بعد عقد الرهن غير مشروط في العقد فالحق العدل من العهدة يرجع به على الراهن قبض الثمن المرتين أم لا لأنه لم يتعلق بهذا التوكيل حق المرتين فلا رجوع كما في الوكالة المفردة عن الرهن إذا باع الوكيل ودفع الثمن إلى من أمره الموكل ثم لحقه عهدة لا يرجع به على المقتضى ، بخلاف الوكالة المشروطة في العقد لأنه تعلق به حق المرتين فيكون البيع لحقه .

قال رضى الله عنه : هكذا ذكره الكرخي رحمه الله ، وهذا يؤيد قول من لا يرى جبر هذا الوكيل على البيع .

قال (وإن مات العبد المرهون في يد المرتين ثم استحقه رجل فله الخيار ، إن شاء ضمن الراهن ، وإن شاء ضمن المرتين) لأن كل واحد منهما متعده في حقه بالتسليم أو بالقبض (فإن ضمن الراهن فقد مات بالدين) لأنه ملكه بأداء الضمان فصاح بالإيفاء (وإن ضمن المرتين يرجع على الراهن بما ضمن من القيمة ودينه) أما بالقيمة فلا لأنه مغرور من جهة الراهن ، وأما بالدين فلا لأنه انتقض اقتضاؤه فيعود حقه كما كان . فإن قيل : لما كان قرار الضمان على الراهن برجوع المرتين عليه والملك في المضمون يثبت لمن عليه قرار الضمان فحينئذ أنه رجع ملك نفسه فصار كما إذا ضمن المسحق الراهن ابتداء .

قلنا : هنا طعن أبي خازم القاضى رحمه الله ، والجواب عنه : أنه يرجع عليه بسبب الغرور والغرور بالتسليم كما ذكرناه أو بالانتقال من المرتهن إليه كأنه وكيل عنه والمالك بكل ذلك متأخر عن عقد الرهن ، بخلاف الوجه الأول لأن المستحق يضمته باعتبار القبض السابق على الرهن فيستد المالك إليه فتبين أنه رهن ملك نفسه وقد طولنا الكلام فى كفاية المنتهى والله أعلم بالصواب .

باب التصرف فى الرهن والجناية عليه وجنائه على غيره .

قال (وإذا باع الراهن الرهن بغير إذن المرتهن فالبيع موقوف) لتعلق حق الغير به وهو المرتهن فيتوقف على إجازته ، وإن كان الراهن يتصرف فى ملكه كمن أوصى بجميع ماله تقف على إجازة الورثة فيما زاد على الثلث لتعلق حقهم به (فإن أجاز المرتهن جاز) لأن الوقف لحقه وقد رضى بسقوطه (وإن قضاه الراهن دينه جاز أيضا) لأنه زال المانع من التفوذ والمقتضى موجود وهو التصرف الصادر من الأهل فى المحل (وإذا نفذ البيع بإجازة المرتهن ، ينتقل حقه إلى بدله هو الصحيح) لأن حقه تعلق بالمالية ، والبديل له حكم البديل فصار كالعبد المديون المأذون إذا بيع برضا الغرماء ينتقل حقهم إلى البديل ، لأنهم رضوا بالانتقال دون السقوط وأسا فكذا هذا (وإن لم يميز المرتهن البيع وفسخه انفسخ فى رواية حتى لو افترك الراهن الرهن لا سبيل للمشتري عليه) لأن الحق الثابت للمرتهن بمنزلة الملك فصار كالمالك ، له أن يميز ، وله أن يفسخ (وفى أصح الروايتين لا يفسخ بفسخه) لأنه لو ثبت حتى انفسخ له ، إنما يثبت ضرورة صيانة حقه وحقه فى الحبس لا يبدل بانقضاء هذا العقد فى موقوفا ، فإن شاء المشتري صبر حتى يفتك الراهن الرهن إذ العجز على شرف الزوال ، وإن شاء رفع الأمر إلى القاضى وللقاضى أن يفسخ لقوات القسرة على التسليم وولاية الفسخ إلى القاضى لا إليه وصار كما إذا أبتى العبد المشتري قبل القبض فإنه يعجز المشتري لما ذكرنا كذلك هذا .

(ولو باع الراهن من رجل ثم باعه بيما ثانيا من غيره قبل أن يميزه المرتهن فالثاني موقوف أيضا على إجازته) لأن الأول لم ينفذ والموقوف لا يمنع توقف الثاني ، فلو أجاز المرتهن البيع الثانى جاز الثانى (ولو باع الراهن ثم أجر أو وهب أو رهن من غيره وأجاز المرتهن هذه العقود جاز البيع الأول) والفرق أن المرتهن ذو حظ من البيع الثانى لأنه يعلق

حقه ببدله فيصبح تعيينه لتمامه فالتحق فالتحق به إما لاحق له في هذه العقود لأنه لا يبدل في الهبة والرهن والذي في الاجارة بدل المفعة لابلد العين وحقه في مالية العين لافي المفعة فكانت إجازته إسقاطا لحقه فزال المانع فنفذ البيع الأول فوضح الفرق :

قال (ولو أعتق الرهن عبد الرهن نفذ عتقه) وفي بعض أقوال الشافعي رحمه الله : لا ينفذ إذا كان المعتق معصرا ، لأن في تنفيذه إبطال حق المرتين فأشبه البيع ، بخلاف ، إذا كان موسرا حيث ينفذ على بعض أقواله ، لأنه لا يبطل حقه معنى بالتضمين ، وبخلاف إعتق المستأجر ، لأن الاجارة تبقى ملتها إذ الحر يقبلها أما مالا يقبل الرهن فلا يبي . ولنا أنه مخاطب أعتق ملك نفسه ، فلا يلغو تصرفه بعدم إذن المرتين كما إذا أعتق العبد المشتري قبل القبض ، أو أعتق الآبق أو المصوب ، ولا خفاء في قيام ملك الرقبة لقيام المقتضى ، وعارض الرهن لا يبي من زواله ، ثم إذا زال ملكه في الرقبة باعتاقه يزول ملك المرتين في اليد بناء عليه كاعتاق العبد المشترك بل أولى لأن ملك الرقبة أقوى من ملك اليد فلما لم يمنع الأعلى لا يمنع الأدنى بالطريق الأولى وامتناع النفاذ في البيع والهبة لانعدام القدرة على التسليم ، وإعتاق الوارث العبد الموصى برقبه لا يلغو بل يؤخر إلى أداء السعاية عند أبي حنيفة رحمه الله ، وإذا نفذ الاعتاق بطل الرهن لفوات محله (ثم) بعد ذلك (إن كان الراهن موسرا والدين حالا طوّل بأداء الدين) لأنه لو طوّل بأداء القيمة تقع المقاصة بقدر الدين فلا فائدة فيه (وإن كان الدين مؤجلا أخذت منه قيمة العبد وجعلت رهنا مكانه حتى يحل الدين) لأن سبب الضمان متحقق وفي التضمين فائدة ، فإذا حل الدين اقتضاء بحقه إذا كان مع جنس حقه ورد الفضل (وإن كان معصرا سعى العبد في قيمته ونقض به الدين إلا إذا كان بخلاف جنس حقه) لأنه لما تعذر الوصول إلى عين حقه من جهة المعتق يرجع إلى من ينفع بعتقه وهو العبد لأن الخراج بالضمان .

قال رضي الله عنه : وتأويله إذا كانت القيمة أقل من الدين أما إذا كان الدين أقل نذكره إن شاء الله تعالى (ثم يرجع بما سعى على مولاه إذا أيسر) لأنه قضى دينه ، وهو مضطر فيه بحكم الشرع ، فيرجع عليه بما تحمل منه بخلاف المستسقى في الاعتاق ، لأنه يؤدي ضمانا عليه لأنه إنما يسمى لتحصيل العتق عنده وعندهما لتكيله وهنا يسعى في ضمان على غيره بعد تمام إعتاقه ، فصار كغير الرهن ثم أبو حنيفة رحمه الله أوجب السعاية للمستسقى المشترك في حالتي اليسر والاعسار ، وفي العبد المرهون شرط الإعسار ، لأن

الثابت للمرتن حق الملك ، وأنه أدى من حقيقته الثابتة للشريك الساكت فوجبت السعاية هنا في حالة واحدة لإظهارا لنقصان رتبته ، بخلاف المشتري قبل القبض إذا أعطه المشتري حيث لا يسمى البائع إلا رواية عن أبي يوسف رحمه الله والمرهون يسمى لأن حق البائع في الحبس أضعف ، لأن البائع لا يملكه في الآخرة ، ولا يستوفى من عينه ، وكذلك يبطل حقه في الحبس بالإعارة مع المشتري ، والمرتن يتقلب حقه ملكا ولا يبطل حقه بالإعارة من الراهن حتى يمكنه الاسترداد فلو أوجبت السعاية فيها لسوينا بين الحقيقين وذلك لا يجوز :

(ولو أقر المولى برهن عبده بأن قال له رهنتك عند فلان وكلبه العبد ثم أعطه نجب السعاية) عندنا خلافا لفر رحمه الله ، هو يعتبره باقراره بعد العتق ، ونحن نقول أقر بتعلق الحق في حال يملك التعليق فيه لقيام ملكه فيصح ، بخلاف ما بعد العتق لأنه حال انقطاع الولاية .

قال (ولو دبره الراهن صح تدبيره بالاتفاق) أما عندنا فظاهر وكذا عنده لأن التدبير لا يمنع البيع على أصله (ولو كانت أمة فاستولدها الراهن صح الاستيلاء بالاتفاق) لأنه يصح بأدى الحقيقين وهو مال للأب في جارية الابن فيصح بالأعلى (وإذا صحا خرجا من الرهن) لبطان المحلية إذ لا يصح استيفاء الدين منهما (فإن كان الراهن موسرا ضمن قيمتهما) على التضمين الذي ذكرناه في الاعناق (وإن كان معسرا استسمى المرتن المدبر وأم الولد في جميع الدين) لأن كسبهما مال المولى ، بخلاف المعتق حيث يسعى في الأقل من الدين ومن القيمة لأن كسبه حقه والمحتبس عنده ليس إلا بقدر القيمة ، فلا يزداد عليه وحق المرتن بقدر الدين فلا تلزمه الزيادة ولا يرجعان بما يؤديان على المولى بعد يساره ، لأنهما أدياه من مال المولى والمعتق يرجع لأنه أدى ملكه عنه ، وهو مضطر على ما مر وقيل الدين إذا كان مؤجلا يسمى المدبر في قيمته قنا لأنه هوض الرهن حتى تجبس مكانه ، فيقتدر بقدر العوض ، بخلاف ما إذا كان حالا لأنه يقضى به الدين ، ولو أعتق الراهن المدبر ، وقد قضى عليه بالسعاية أو لم يقضى لم يسع إلا بقدر القيمة لأن كسبه بعد العتق ملكه وما أداه قبل العتق لا يرجع به على مولاه لأنه أداه من مال المولى .

قال (وكذلك لو استهلك الراهن الرهن) لأنه حق محترم مضمون عليه بالانلاص والفضيان رهن في يد المرتن لقيامه مقام العين (فإن استهلكه أجنبي فالمرتن هو المضم

في القيمة ، فأخذ القيمة وتكون رهنا في يده) لأنه أحق بعين الرهن حال قيامه ،
هكذا في استرداد مقام مقامه ، والواجب على هذا المستهلك قيمته يوم هلك ، فإن كانت
قيمتها يوم استهلاكه خمسين ، ويوم رهن ألفا غرم خمسين وكانت رهنا وسقط من الدين
خمسين فصار الحكم في الخمسين الزيادة كأنها هلكت بألف سماوية والمعتبر في ضمان الرهن
القيمة يوم القبض لا يوم الفسك لأن القبض السابق مضمون عليه لأنه قبض استيفاء إلا
أنه يقرر عند الملاك .

(ولو استهلك المرتين والدين مؤجل غرم للقيمة) لأنه ألتف ملك الغير (وكانت
رهنا في يده حتى يمل الدين) لأن الضمان يبدل العين فأخذ حكمه (وإذا حل الدين وهو
على صفة القيمة استوفى المرتين منها قدر حقه) لأنه جنس حقه (ثم إن كان فيه فضل
يرده على الراهن) لأنه يبدل ملكه وقد فرغ من حق المرتين (وإن نقصت عن الدين
يتراجع السر إلى خمسين) وقد كانت قيمته يوم الرهن ألفا وجب بالاستهلاك خمسين
وسقط من الدين خمسين (لأن ما انتقص كالمالك ، وسقط الدين بقدره وتغير قيمته يوم
القبض فهو مضمون بالقبض السابق لا يتراجع السر ، ويجب عليه الباقي بالا تلاف وهو
قيمتها يوم ألتف .

قال (وإذا أمار المرتين الرهن للراهن ليخدمه أو ليعمل له عملا فقبضه خرج من
ضمان المرتين) لخافه بين يد العارية ويد الرهن (فإن هلك في يد الراهن هلك بغير شيء)
لنوات القبض المضمون (وللمرتين أن يترجعه إلى يده) لأن عقد الرهن باق إلا في حكم
الضمان في الحال .

ألا ترى أنه لو هلك الراهن قبل أن يرده على المرتين كان المرتين أحق به من سائر
الغرماء ، وهذا لأن يد العارية ليست بلازمة والضمان ليس من لوازم الرهن على كل حال
ألا ترى أن حكم الرهن ثابت في ولد الرهن ، وإن لم يكن مضمونا بالملاك وإذا بقي عقد
الرهن فإذا أخطأ أحد الضمان لأنه عاد القبض في عقد الرهن فيعود بصفته (وكذلك لو
أحارهما أحدهما أجنبيا بإذن الآخر سقط حكم الضمان) لما قلنا (ولكل واحد منهما أن يرده
وهنا كما كان) لأن لكل واحد منهما حقا محرما فيه وهذا بخلاف الإجارة والبيع والهبة من
لجني إذا ياشرها أحدهما بإذن الآخر حيث يخرج عن الرهن فلا يعود إلا بعقد مبتدأ .

(ولو مات الراهن قبل الرد إلى المرتين يكون المرتين أسوة للغرماء) لأنه يتعلق بالراهن
حتى لازم هذه التصرفات فيعطى به حكم الرهن أما بالعارية فلم يتعلق به حتى لازم فافترا .

(وإذا استعار المرتن الرهن من الراهن ليعمل به فهلك قبل أن يأخذ في العمل حقه على ضمان الرهن) لبقاء يد الرهن (وكذا إذا هلك بعد القراخ من العمل) لارتفاع يد العارية (ولو هلك في حالة العمل هلك بغير ضمان) لثبوت يد العارية بالاستعمال وهي مخالفة ليد الرهن فانتفى الضمان (وكذا إذا أذن الراهن للمرتن بالاستعمال) لما بيناه .

(ومن استعار من غيره ثوبا ليرهنه فأرهنه به من قبل أو أكبر فهو جائز) لأنه متبرع باثبات ملك اليد فيعتبر بالتبرع باثبات ملك العين واليد وهو قضاء الدين ، ويجوز أن يفصل ملك اليد عن ملك العين ثبوتا للمرتن كما يفصل زوالا في حق البائع والاطلاق واجب الاعتبار خصوصا في الإعارة لأن الجاهالة فيها لا تفنى إلى المنازعة .

(ولو عين قدرا لا يجوز للمستعير أن يرهنه بأكثر منه ولا بأقل منه) لأن التقييد مفيد ، وهو يثيق الزيادة لأن غرضه الاحتباس بما تيسر أدائه ، ويتقى نقصان أيضا ، لأن غرضه أن يصير مستوفيا للأكثر بمقابلته عند الهلاك ليرجع به عليه (وكذلك التقييد بالجنس وبالمرتن وبالبلد) لأن كل ذلك مفيد لتيسر البعض بالإضافة إلى البعض ، وتفاوت الأشخاص في الأمانة والحفظ (فإذا خالف كان ضمانا ثم إن شاء المبر ضمن المستعير ويتم عقد الرهن فيما بينه وبين المرتن) لأنه ملكه بأداء الضمان فحين أنه رهن ملك نفسه (وإن شاء ضمن المرتن ويرجع المرتن بما ضمن وبالدن على الراهن) وقد بيناه في الاستحقاق (وإن وافق) بأن رهنه بمقدار ما أمره به (وإن كانت قيمة مثل الدين أو أكثر فهلك عند المرتن يطل المال عن الراهن) تمام الاستيفاء بالهلاك (ويجب مثله لرب الثوب على الراهن) لأنه صار قاضيا دينه بماله بهذا القدر ، وهو الموجب الرجوع دون القبض بذاته لأنه برضاه ، وكذلك إن أصابه عيب ذهب من الدين بمصابه ووجب مثله لرب الثوب على الراهن على ما بيناه (وإذا كانت قيمة أقل من الدين ذهب بقدر القيمة على الراهن بقية دينه للمرتن) لأنه لم يقع الاستيفاء بالزيادة على قيمته ، وعلى الراهن لصاحب الثوب ما صار به موفيا لما بيناه (ولو كانت قيمة مثل الدين فأراد المبر أن يشتك جبرا عن الراهن لم يكن للمرتن إذا قضى دينه أن يتمتع) لأنه غير متبرع حيث يخلص ملكه ، ولهذا يرجع على الراهن بما أدى المبر فأجبر المرتن على الدفع (بخلاف الأجنبي إذا قضى الدين) لأنه متبرع إذ هو لا يسمى في تخلص ملكه ولا في تفرغ فمه فكان صاحب أن لا يقبه .

(ولو هلك الثوب العارية عند الراهن قبل أن يرهنه أو بعد ما افككه فلا ضمان عليه) لأنه لا يصير قاضيا بهذا وهو الموجب على ما بينا (ولو اختلفا في ذلك فالقول للراهن) لأنه يشكر الايفاء بدعواه الهلاك في هاتين الحاليتين (كما لو اختلفا في مقدار ما أمره بالرهن به فالقول للمعير) لأن القول قوله في إنكار أصله ، فكذا في إنكار وصفه (ولو رهنه المستعير بدين موعود وهو أن يرهنه به ليقرضه كذا فهلك في يد المرتن قبل الإقراض والمسمى والقيمة سواء يضمن قدر الموعود المسمى) لا بينا أنه كما لو وجد ويرجع المعير على الراهن بمثله ، لأن سلامة مالية الرهن باستيفائه من المرتن كسلامته بإراءة ذمته عنه .

(ولو كانت العارية عبدا فأعتقه المعير جاز) لقيام ملك الرقبة (ثم المرتن بالخيار إن شاء رجع بالدين على الراهن) لأنه لم يستوفه (وإن شاء ضمن المعير قيمته) لأن الحق قد تطبق برقبته برضاه وقد أتلفه بالاعتاق (وتكون رهنا عنده إلى أن يقبض دينه فيردها إلى المعير) لأن استرداد القيمة كاسترداد العين (ولو استعار عبدا أو دابة ليرهنه فاستخدم العبد أو ركب الدابة قبل أن يرهنهما ثم رهنهما بمال مثل قيمتهما ثم قضى المال فلم يقبضهما حتى هلكا عند المرتن فلا ضمان على الراهن) لأنه قد برئ من الضمان حين رهنهما فإنه كان أمينا خالف ثم عاد إلى الوفاق (وكذا إذا افتك الرهن ثم ركب الدابة أو استخدم العبد فلم يعط ثم عطب بعد ذلك من غير صنعه لا يضمن) لأنه بعد الفكك بمنزلة المودع لا بمنزلة المستعير لانتهاه حكم الإستعارة بالفكك ، وقد عاد إلى الوفاق فيبرأ عن الضمان وهذا بخلاف المستعير لأن يده يد نفسه فلا بد من الوصول إلى يد المالك . أما المستعير في الرهن فيحصل مقصود الأمر وهو الرجوع عليه عند الهلاك وتحقق الاستيفاء .

قال (وجناية الراهن على الرهن مضمونة) لأنه تفويت حق لازم محترم وتعلق مثله بالمال يجعل المالك كالأجنبي في حق الضمان كتعلق حق الورثة بمال المريض مرض الموت يمنع نقاذ تبرعه فيها وراء الثلث والعبد الموصى بخدمته إذا أتلفه الورثة ضمنوا قيمته لبشرى بها عبدا يقوم مقامه .

قال (وجناية المرتن عليه تسقط من دينه بقدرها) ومعناه أن يكون الضمان على صفة الدين وهذا لأن العين ملك المالك وقد تعدى عليه المرتن فيضمنه للمالك .

قال (وجناية الرهن على الراهن والمرتن وعلى مالهما هدر) وهذا عند أبي حنيفة .
- هـ الله ، وقال : جنايته على المرتن محبذة ، والمراد بالجناية على النفس ما يوجب للال

أما الرافقية فلأنها جناية المملوك على المالك ، ألا ترى أنه لو مات كان الكفن عليه بخلاف جناية المغصوب على المغصوب منه ، لأن المالك عند أداء الضمان يثبت للغاصب مستندا ، حتى يكون الكفن عليه فكانت جناية على غير المالك فاعتبرت ، ولها في الخلافة أن الحناية حصلت على غير مالكة وفي الاعتبار فائدة وهو دفع العبد إليه بالجناية ، فتعتبر ثم إن شاء الرهن والمرتهن أبطلا الرهن ودفعاه بالجناية إلى المرتهن ، وإن قال المرتهن لا أطلب الجناية فهو رهن على حاله ، وله أن هذه الجناية لو اعتبرناها للمرتهن كان عليه التطهير من الجناية ، لأنها حصلت في ضمانه ، فلا يفيد وجوب الضمان له مع وجوب التخليص عليه وجنائه على مال المرتهن لا تعتبر بالاتفاق إذا كانت قيمته والدين سواء لأنه لا فائدة في اعتبارها ، لأنه لا يتسلط العبد وهو الفائدة وإن كانت القيمة أكثر من الدين ، فمن أبي حنيفة رحمه الله : أنه يعتبر بقدر الأمانة ، لأن الفضل ليس في ضمانه فأشبه جناية العبد الوديعة على المستودع ، وعنه أنها لا تعتبر لأن حكم الرهن وهو الحبس فيه ثابت فصار كالمصمون ، وهذا بخلاف جناية الرهن على ابن الرهن أو ابن المرتهن لأن الأملاك حقيقة متباينة فصار كالجناية على الأجنبية .

قال (ومن رهن عبدا يساوى ألفا بألف إلى أجل فنقص في السعر فرجعت قيمته إلى حانة ثم قتله رجل وغرم قيمته مائة ثم حل الأجل فإن المرتهن يقبض المائة قضاء عن حقه ولا يرجع على الراهن بشيء) وأصله : أن النقصان من حيث السعر لا يوجب سقوط الدين عندنا خلافا لزمفر رحمه الله ، هو يقول إن المالية قد انتقصت فأشبه انتقص العين . ولنا أن نقصان السعر عبارة عن فتور رغبات الناس ، وذلك لا يعتبر في البيع حتى لا يثبت به الخيار ، ولا في النصب حتى لا يجب الضمان بخلاف نقصان العين ، لأن نفقات جزء منه يتقرر الاستيفاء فيه إذ اليد بالاستيفاء وإذا لم يسقط شيء من الدين بنقصان السعر بقي مرهونا بكل الدين ، فإذا قتله حر غرم قيمته مائة لأنه تعتبر قيمته يوم الانلاف في ضمان الانلاف ، لأن الجائر بقدر القاتل وأخذ المرتهن لأنه بدل المالية في حق المستحق وإن كان مقابلا بالدم على أصلنا ، حتى لا يزداد على دية الحر ، لأن المولى استحقه بسبب المالية وحتى للمرتهن متعلق بالمالية ، فكذا فيما قام مقامه ثم لا يرجع على الراهن بشيء ، لأن يد الرهن يد الاستيفاء من الابتداء وبالهلاك يتقرر وقيمته كانت في الابتداء ألفا فيصير مستوفيا لكل من الابتداء . أو نقول لا يمكن أن يحبل مستوفيا الألف بمائة لأنه يؤدي إلى الربا

فيصير مستوفيا المائة ويبقى تسعة في العين فإذا هلك يصير مستوفيا تسعة بالملأ ، بخلاف ما إذا مات من غير قتل أحد لأنه يصير مستوفيا الكل بالعبد لأنه لا يؤدي إلى الربا .

قال (وإن كان أمره الرهن أن يبيعه فباعه بمائة وقبض المائة قضاء من حقه فيرجع بتسعة) لأنه لما باعه بأذن الرهن صار كأن الرهن استرده وباعه بنفسه ، ولو كان كذلك يظل الرهن ويبقى الدين إلا يقلر ما استوفى وكذا هنا .

قال (وإن قتل عبد قيمه مائة فدفع مكانه افتكه بجميع الدين) وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله ، وقال محمد رحمه الله : هو بالخيار إن شاء افتكه بجميع الدين وإن شاء سلم العبد المدفوع إلى المرتين بماله ، وقال زفر رحمه الله : يصير رهنا بمائة ، له أن يد الرهن يد استيفاء وقد تقرر بالهلاك إلا أنه أخلف بدلا بقدر العشر فيبقى الدين بقدره ، ولأصحابنا على زفر رحمه الله أن العبد الثاني قائم مقام الأول لحما ودما ، ولو كان الأول قائما وانقص السعر لا يسقط شيء من الدين عندنا لما ذكرنا فكذلك إذا قام المدفوع مكانه ، ولمحمد رحمه الله في الخيار : أن المرهون تغير في ضمان المرتين فيخير الرهن كليهما إذا قتل قبل القبض والمغصوب إذا قتل في يد الغاصب بغير المشتري والمغصوب منه كذا هنا ، ولهما أن التغير لم يظهر في نفس العبد لقيام الثاني مقام الأول لحما ودما ، كما ذكرناه مع زفر رحمه الله ، وعين الرهن أمانة عندنا فلا يجوز تملكه منه بغير رضاه ولأن جعل الرهن بالدين حكم جاهلي ، وأنه منسوخ بخلاف البيع لأن الخيار فيه حكمه الفسخ وهو مشروع وبخلاف الغصب لأن تملكه بأداء الضمان مشروع ، ولو كان العبد تراجع سعره حتى صار يساوي مائة ثم قتل عبد يساوي مائة فدفع به فهو على هذا الخلاف (وإذا قتل العبد الرهن قليلا خطأ فضهان الجناية على المرتين وليس له أن يدفع) لأنه لا يملك التملك .

قال (ولو فدى طهر أهل بيتي الدين على حاله ولا يرجع على الرهن بشيء من الفداء) لأن الجناية حصلت في ضمانه فكان عليه إصلاحها .

قال (ولو أوى المرتين أن يفدى قيل للرهن ادفع العبد أو افده بالدية) لأن الملك في الرقبة قائم له وإنما إلى المرتين الفداء لقيام حقه .

قال (فإذا امتنع من الفداء يطالب الرهن بحكم الجناية ومنه حكمها التخيير) بين الفسخ والقضاء .

قال (فإن اختار الدفع سقط الدين) لأنه استحق لمعنى فى ضمان المرتهن فصار كالملاك .
قال (وكذلك إن قضى) لأن العبد كالحاصل له بعوض كان على المرتهن وهو الفداء ،
بخلاف ولد الرهن إذا قتل إنسانا أو استهلك مالا حيث يطالب الراهن بالدفع أو الفداء
فى الابتداء لأنه غير مضمون على المرتهن ، فإن دفع خرج من الرهن ولم يسقط شيء من
الدين كما لو هلك فى الابتداء ، وإن قضى فهو رهن مع أمه على حالهما .

قال (ولو استهلك العبد المرهون مالا يستغرق رقبته فإن أدى المرتهن الدين الذى لزم
العبد غديته على حاله كما فى الفداء وإن أبقى قليل للراهن به فى الدين إلا أن يختار أن يؤدي
عنه ، فإن أدى بطل دين المرتهن) كما ذكرنا فى الفداء :

قال (وإن لم يؤدّ ويبيع العبد فيه بأخذ صاحب دين العبد دينه) لأن دين العبد مقدم
على دين المرتهن وحتى ولو الجناية لتقدمه على حق المولى .

قال (فإن فضل شيء ودين غريم العبد مثل دين المرتهن أو أكثر فالفضل للراهن وبطل
دين المرتهن) لأن الرقبة استحققت لمعنى هو فى ضمان المرتهن فأشبه الملاك .

قال (وإن كان دين العبد أقل سقط من دين المرتهن بقدر دين العبد وما فضل من دين
العبد يبقى رهنا كما كان ، ثم إن كان دين المرتهن قد حلّ أخذه به) لأنه من جنس حقه :

قال (وإن كان لم يحل أمسكه حتى يحل وإن كان ثمن العبد لا يبقى بدين الغريم أخذ
المن ، ولم يرجع بمابقى على أحد حتى يمتق العبد) لأن الحق فى دين الاستهلاك يتعلق برقبته
وقد استوفيت فيتأخر إلى ما بعد العتق .

قال (ثم إذا أدى بعده لا يرجع على أحد) لأنه وجب عليه بفعله .

قال (وإن كانت قيمة العبد ألفين وهو رهن بألف وقد جنى العبد يقال لهما ائدياه)
لأن النصف منه مضمون والنصف أمانة والفداء فى المضمون على المرتهن وفى الأمانة على
الراهن ، فإن أجمعا على الدفع فدعاه وبطل دين المرتهن والدفع لا يجوز فى الحقيقة من المرتهن
لما بينا ، وإنما منه الرضا به .

قال (فإن تشاحا فالقول لمن قال أنا أفدى راهنا كان أو مرتها) أما المرتهن فلأنه ليس
فى الفداء لإبطال حق الراهن ، وفى الدفع الذى يختاره الراهن لإبطال حق المرتهن ، وكذا
فى جناية ولد الرهن إذا قال المرتهن : أنا أفدى له ذلك وإن كان المالك يختار الدفع ، لأنه
إن لم يكن مضمونا فهو محبوس يديه وله فى الفداء فرض صحيح ولا ضرر على الراهن .
فكان أن له فدى ، وأما الراهن فلأنه ليس للمرتن ولاية الدفع لما بينا فكيف يختاره :

قال (ويكون المرتهن في الفداء متطوعا في حصبة الأمانة حتى لا يرجع على الراهن)
لأنه يمكنه أن لا يخطره فيخاطب الراهن ، فلما التزمه والحالة هذه كان متبرعا ، وهذا
على ما روى عن أبي حنيفة رحمه الله : أنه لا يرجع مع الحضور وسنيين القولين إن شاء
الله تعالى .

قال (ولو أبى المرتهن أن يفدى وفداه الراهن ، فإنه يحقن على المرتهن نصف الفداء
من دينه) لأن سقوط الدين أمر لازم فدى أو دفع فلم يجعل الراهن في الفداء متطوعا ، ثم
ينظر إن كان نصف الفداء مثل الدين أو أكثر بطل الدين ، وإن كان أقل سقط من الدين
يقتدر نصف الفداء ، وكان العبد رهنا بما بقي لأن الفداء في نصف كان عليه ، فإذا أداه
الراهن وهو ليس بمطوع كان له الرجوع عليه فيصير قصاصا بدينه كأنه أو في نصفه فيبقى
العبد رهنا بما بقي .

قال (ولو كان المرتهن فدى والراهن حاضر فهو متطوع ، وإن كان غائبا لم يكن
متطوعا) وهذا قول أبي حنيفة رحمه الله ، وقال أبو يوسف وعبد الحميد وزفر رحمهم
الله : المرتهن متطوع في الوجهين ، لأنه فدى ملك غيره بغير أمره فأشبه الأجنبي ، وله أنه
إذا كان الراهن حاضرا أمكنه مخاطبته ، فإذا فداء المرتهن فقد تبرع كالأجنبي ، فأما إذا
كان الراهن غائبا تعذر مخاطبته والمرتحن يحتاج إلى إصلاح المضمون ولا يمكنه ذلك
إلا بإصلاح الأمانة فلا يكون متبرعا .

قال (وإذا مات الراهن باع وصيه الرهن وقضى الدين) لأن الوصي قائم مقامه ،
ولو تولى الموصى حيا بنفسه كان له ولاية البيع بإذن المرتحن فكذلك لوصيه .

قال (وإن لم يكن له وصي نصب القاضي له وصيا وأمره ببيعه) لأن القاضي نصب
ناظرا لحقوق المسلمين إذا عجزوا عن النظر لأنفسهم والنظر في نصب الوصي ليرد
حامله لغيره ويستوفى ماله من غيره .

قال (وإن كان على الميت دين فرهن الوصي بعض التركة عند غريم من غرمائه لم يجر
وللاخرين أن يردوه) لأنه أثر بعض الغرماء بالإيفاء الحسكي فأشبه الإيثار بالإيفاء الحقيقي .

قال (فإن قضى دينهم قبل أن يردوه جاز) لزوال المانع وصول حقهم إليهم .

قال (ولو لم يكن قلمي غريم أخرج جاز الرهن) اعتبارا بالإيفاء الحقيقي .

قال (ويبيع في دينه) لأنه يباع فيه قبل الرهن فكذلك بعده :

قال (وإذا ارتهن الوصي بدين للميت على رجل جاز) لأنه استيفاء وهو ملكه .
قال رضي الله عنه : وفي رهن الوصي تفصيلات نذكرها في كتاب الرصايا إن شاء
الله تعالى .

فصل

قال (ومن رهن عصيرا بعشرة قيمته عشرة فتخمر ، ثم صار خلا يساوي عشرة
فهو رهن بعشرة) لأن ما يكون محلا للبيع يكون محلا للرهن إذ المحلية بالمالية فيها ، والخمر
وإن لم يكن محلا للبيع ابتداء فهو محل له بقاء حتى إن من اشترى عصيرا فتخمر قبل القبض
يبقى العقد إلا أنه يتخير في البيع لتغير وصف المبيع بمنزلة ما إذا تعيب .

قال (ولو رهن شاة قيمتها عشرة بعشرة فانت فديغ جلدتها فصار يساوي درهما فهو
رهن بدرهم) لأن الرهن يتقرر بالمالك ، فإذا حي بعض المحل يعود حكمه بقلته بخلاف
ما إذا ماتت الشاة المبيعة قل القبض فديغ جلدتها حيث لا يعود البيع لأن البيع ينتقض
بالملاك قبل القبض والمنتقض لا يعود ، أما الرهن يتقرر بالملاك هل ما بيناه ، ومن مشايخنا
من يمنع مسألة البيع ويقول يعود البيع .

قال (ونماء الرهن للرهن وهو مثل الولد والخمر والذهب والصوف) لأنه متولد من
ملكه ويكون رهنا مع الأصل لأنه تبع له والرهن حق لازم فيسرى إليه .

قال (فإن هلك بهلك بغير شيء) لأن الأتباع لا قسط لها مما يقابل بالأصل لأنها لم
تدخل تحت العقد مقصودا إذ اللفظ لا يتناولها .

قال (وإن هلك الأصل وبقي النماء افكته الرهن بحصته بقسم الدين على قيمة الرهن
يوم القبض وقيمة النماء يوم الفكك) لأن الرهن يصير مضمونا بالقبض والزيادة تعتبر
مقصودة بالفكك إذا بقي إلى وقته والتبع يقابله شيء إذا صار مقصودا كولد المبيع ، فما
أصاب الأصل يسقط من الدين لأنه يقابله الأصل مقصودا ، وما أصاب النماء افكته
الرهن لما ذكرنا وصور المسائل على هذا الأصل منخرج ، وقد ذكرنا بعضها في كفاية
المتنبي وتامه في الجامع والزيادات .

قال (ولو رهن شاة بعشرة وقيمها عشرة ، وقال الرهن للمرتن : احلب الشاة
فما حلبت فهو لك حلال فحلب وشربه فلا ضمان عليه في شيء من ذلك) أما الإلحاق
فيصح تطبيقها بالشرط والخطر لأنها إطلاق وليس بتسليم فتصح مع الخطر .

قال (ولا يسقط شيء من الدين) لأنه أنقذه بإذن المالك .

قال (فإن لم يفتك الشاة حتى ماتت في يد المرتين قسم الدين على قيمة اللبن النذع شرب وعلى قيمة الشاة ، فما أصاب الشاة سقط ، وما أصاب اللبن أخذه المرتين من الراهن) لأن اللبن تلف على ملك الراهن بفعل المرتين والفعل حصل بتسليم من قبله ، فصار كأن الراهن أخذه وأنقذه فكان مضمونا عليه فيكون له حصته من الدين بقي بحصته ، وكذلك ولد الشاة إذا أذن له الراهن في أكله ، وكذلك جميع النماء الذي يحدث على هذا القياس .

قال (وتجوز الزيادة في الرهن ولا تجوز في الدين) عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله : ولا يصير الرهن رهنا بها ، وقال أبو يوسف رحمه الله : تجوز الزيادة في الدين أيضا ، وقال زفر والشافعي رحمهما الله : لا تجوز فيها ، والخلاف معهما في الرهن والنحن والضمن والمهر والمنكحة سواء ، وقد ذكرناه في البيوع ولأبي يوسف رحمه الله في الخلافة الأخرى أن الدين في باب الرهن كالتن في البيع والرهن كالتن في تجوز الزيادة فيها كما في البيع والجامع بينهما الالتحاق بأصل العقد للحاجة والإمكان ، ولهما وهو القياس أن الزيادة في الدين توجب الشروع في الرهن ، وهو غير مشروع عندنا وللزيادة في الرهن توجب الشروع في الدين وهو غير مانع من صحة الرهن ، ألا ترى أنه لو رهن عبدا بمسألة من الدين جاز وإن كان الدين ألفا ولهما شيوخ في الدين والالتحاق بأصل للعقد غير ممكن في طرف الدين ، لأنه غير معقود عليه ولا معقود به بل وجوبه سابق على الرهن ، وكذا يبقى بعد انفساخه والالتحاق بأصل العقد في بدل العقد ، بخلاف البيع لأن من بدل يوجب بالعقد ، ثم إذا صحت الزيادة في الرهن وتسمى هذه زيادة قصدية بقسم الدين على قيمة الأول يوم القبض ، وعلى قيمة الزيادة يوم قبضت حتى لو كانت قيمة الزيادة يوم قبضها خميسة ، وقيمة الأول يوم القبض ألفا والدين ألفا يقسم الدين اثلاثا في زيادة ثلث الدين ، وفي الأصل ثلث الدين اعتبارا بقيمتها في وقت الإعتبار ، وهذا لأن الضمان في كل واحد منهما يثبت بالقبض فتعتبر قيمة كل واحد منهما وقت القبض (وإضا ولدت المهرونة ولذا ثم إن الراهن زاد مع الولد عبدا وقيمة كل واحد ألف فالعبد رهن مع الولد خاصة يقسم ما في الولد عليه وعلى العبد الزيادة) لأنه جعله زيادة مع الولد دون الأم (ولو كانت الزيادة مع الأم يقسم الدين على قيمة الأم يوم العقد وعلى قيمة الزيادة يوم القبض فما أصاب الأم قسم عليها وعلى ولدها) لأن الزيادة دخلت على الأم .

قال (فإن رهن عبدا يساوى ألفا بألف ، ثم أعطاه عبدا آخر قيمته ألف رهن مكان الأول فالأول رهن حتى يرده إلى الراهن والمرتهن في الآخر أمين حتى يجعله مكان الأول) لأن الأول إنما دخل في ضمانه بالقبض والدين وهما باقيان فلا يخرج عن الضمان إلا بتفويض القبض مادام الدين باقيا ، وإذا بقى الأول في ضمانه لا يدخل الثاني في ضمانه لأتبعهما رضا بدخول أحدهما فيه لا بدخولهما فإذا رد الأول دخل الثاني في ضمانه ، ثم قيل يشترط تجديد القبض لأن يد المرتهن على الثاني يد أمانة ويد الرهن يد استيفاء وضمان ، فلا ينوب عنه كمن له على آخر جياذ فاستوفى زيوفا ظنهما جيادا ثم علم بالزيفاة وطالبه بالجياذ وأخطأه لأن الجياذ أمانة في يده ما لم يرد الزيوف ويجدد القبض ، وقيل لا يشترط لأن الرهن تبرع كالمهبة على ما بيناه من قبل وقبض الأمانة ينوب عن قبض المهبة ، ولأن الرهن عنه أمانة والقبض يرد على العين فينوب قبض الأمانة عن قبض العين :

(ولو أبرأ المرتهن الراهن عن الدين أو وجهه منه ثم هلك الرهن في يد المرتهن يهلك بغير شيء) استحسانا خلافا لزم لأن الرهن مضمون بالدين أو وجهه عند توهم الوجود كما في الدين الموعود ولم يبق الدين بالإبراء أو الهبة ولا جهة لسقوطه إلا إذا أحدث منعا لأنه يصير به غاصبا إذ لم تبق له ولاية المنع (وكذا إذا ارتهنت المرأة رهنا بالصداق فأبرأته أو وجهه أو ارتدت والعياذ بالله قبل الدخول أو اختلعت منه على صداقها ثم هلك الرهن في يدها يهلك بغير شيء في هذا كله ولم تضمن شيئا) لسقوط الدين كما في الإبراء (ولو استوفى المرتهن الدين بإيفاء الراهن أو بإيفاء متطوع ثم هلك الرهن في يده يهلك بالدين ، ويجب عليه رد ما استوفى إلى ما استوفى منه وهو من عليه أو المتطوع بخلاف الإبراء) ووجه الفرق : أن بالإبراء يسقط الدين أصلا كما ذكرنا وبلاستيفاء لا يسقط لقيام الموجب إلا أنه يصدر الاستيفاء لعدم الفائدة لأنه يعقب مطالبة مثله فأما هو في نفسه ففائمه فإذا هلك يقرر الاستيفاء الأول فانقضت الاستيفاء الثاني (وكذا إذا اشترى بالدين عبدا أو صالحه على عين) لأنه استيفاء (وكذلك إذا أحال الراهن المرتهن بالدين على غيره ، ثم هلك الرهن بطلت الحوالة ويهلك بالدين) لأنه في معنى البراءة بطريق الأداء لأنه يزول به عن ملك المحيل مثل ما كان له على المحتال عليه أو ما يرجع عليه به إن لم يكن للمحيل على المحتال عليه دين لأنه بمنزلة الوكيل (وكذا لو تصادقا على أن لا دين ثم هلك الرهن يهلك بالدين) لتوهم وجوب الدين بالتصادق على قيامه فتكون الجهة فائمه بخلاف الإبراء ، والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب وإليه المرجع والمآب :

كتاب الجنایات

قال (القتل على خمسة أوجه : عمد وشبه عمد وخطأ وما أجرى مجرى الخطأ والقتل بسبب) والمراد بيان قتل تتعلق به الأحكام .

قال (فالعمد ما تعمده ضربه بسلاح أو ما أجرى مجرى السلاح كالخمد من الخشب وليطة القصب والمروءة المخذدة والنار) لأن العمد هو القصد ولا يقف عليه إلا بدليله وهو استعمال الآلة القاتلة فكان متعمدا فيه عند ذلك (وموجب ذلك المأثم) لقوله تعالى — ومن يقتل مؤمنا متعمدا فجزاؤه جهنم — الآية ، وقد نطق به غير واحد من السنة وعليه انمقد إجماع الأمة .

قال (والقود) لقوله تعالى — كتب عليكم القصاص في القتل — إلا أنه نقيذ بوصف العملية لقوله عليه الصلاة والسلام : العمد قود ، أى موجه ولأن الجناية بها تتكامل وحكمة الرجزر عليها تتوفر والعقوبة المتناهية لاشرع لها دون ذلك :

قال (إلا أن يعفوا الأولياء أو يصلحوا) لأن الحق لهم ثم هو واجب عينا ، وليس قولى أخذ الدية إلا برضا القاتل ، وهو أحد قولى الشافعى رحمه الله إلا أن له حق العنول إلى المال من غير مرضاة القاتل ، لأنه تعين مدفعا للهلاك فيجوز بدون رضاه ، وفى قول الواجب أحدهما لا بعينه ، وتعين باختياره ، لأن حق العبد شرع جابرا وفى كل واحد نوع جبر فيتخير ، ولنا ما تلونا من الكتاب ، وروينا من السنة ، ولأن المال لا يصلح موحبا لعلم المائلة ، والقصاص يصلح للتأمل وفيه مصلحة الأحياء رجرا وجبرا فيتعين وفى الخطأ وجوب المال ضرورة صون الدم عن الإهدار ، ولا يتيقن بعدم قصد المولى بعد أخذ المالى ، فلا يتعين مدفعا للهلاك ، ولا كفارة فيه عندنا ، وعند الشافعى رحمه الله تجب لأن الحاجة إلى التكفير فى العمد أسس منها إليه فى الخطأ فكان أدعى إلى إيجابها . ولنا أنه كبيرة محصة وفى الكفارة معنى العبادة ، فلا تناط بمثلها ولأن الكفارة من المادير وتعيها فى الشرع لدفع الأدنى لا يعينها لدفع الأعلى ، ومن حكمه حرمان الميراث لقوله عليه الصلاة والسلام لا ميراث لقاتل .

قال (وشبه العمد عند أبى حنيفة رحمه الله أن يتعمد القرب بما ليس بسلاح ولا ما أجرى مجرى السلاح) وقال أبو يوسف وعمد ، وهو قول الشافعى رحمه الله إذا ضربه بحجر

عظيم أو بنشبة عظيمة فهو عمد ، وشبه العمد : أن يعتمد ضربه بما لا يقتل به غالبا ، لأنه يقتصر معنى العمدية باستعمال آلة صغيرة لا يقتل بها غالبا لما أنه يقصد بها غيره كالتأديب ونحوه فكان شبه العمد ، ولا يقتصر باستعمال آلة لا تلبث لأنه لا يقصد به إلا القتل كالسيف فكان عمدا موجبا للقتل . وله قوله عليه الصلاة والسلام : ألا إن قتل خطأ العمد قتل السوط والمصا وفيه مائة من الإبل ، ولأن الآلة غير موضوعة للقتل ولا مستعملة فيه ، إذ لا يمكن استعمالها على غرة من المقصود قتله ، وبه يحصل القتل غالبا ، فقصرت العمدية نظرا إلى الآلة فكان شبه العمد كالقتل بالسوط والفصا الصغيرة .

قال (وموجب ذلك على القولين الإثم) لأنه قتل وهو قاصد في الضرب (والكفارة) لشبهه بالخطأ (والدية مغلفة على العاقلة) والأصل : أن كل دية وجبت بالقتل ابتداء لا بمعنى يحدث من بعد فهي على العاقلة اعتبارا بالخطأ ، وتجب في ثلاثين لقضية عمر بن الخطاب رضي الله عنه وتجب مغلفة ، وستين صفة التلطيف من بعد إن شاء الله تعالى (ويتعلق به حرمان الميراث) لأنه جزاء القتل ، والشبهة تؤثر في سقوط القصاص دون حرمان الميراث ومالك رحمه الله وإن أنكر معرفة شبه العمد فالجدة عليه ما أسلفناه .

قال (والخطأ على نوعين : خطأ في القصد ، وهو أن يرى شخصا يظنه صيدا فإذا هو آدمي أو يظنه حريبا فإذا هو مسلم . وخطأ في الفعل ، وهو أن يرى غرضا فيصيب آدميا ، وموجب ذلك الكفارة والدية على العاقلة) لقوله تعالى — فتحرير رقبة مؤمنة ودية مسامة إلى أهله — الآية ، وهي على عاقلته في ثلاث سنين لما ينفاه .

قال (ولا إثم فيه) يعني في الوجهين ، قالوا المراد إثم القتل ، فأما في نفسه فلا يعرى من الإثم من حيث ترك العزيمة والمبالغة في التثبت في حال الرمي ، إذ شرع الكفارة يؤذن باعتبار هذا المعنى (ويحرم من الميراث) لأن فيه إثما فيصح تطبيق الحرمان به ، بخلاف ما إذا تعدد الضرب موضعا من جسده فأخطأ فأصاب موضعا آخر فلتسحب يجب القصاص لأن القتل قد وجد بالقصد إلى بعض بدنه ، وجميع البدن كالمثل الواحد .

قال (وما أجرى مجرى الخطأ مثل النائم ينقلب على رجل فيقتله فحكم الخطأ في الشرع . وأما القتل بسبب كحافر البئر وواضع الحجر في غير ملكه وموجبه إذا تلف فيه آدمي الدية على العاقلة) لأنه سبب التلف ، وهو متدد فيه فأزول موقعا فادعى فوجب الدية (ولا كفارة فيه ولا يتعلق به حرمان الميراث) وقال الشافعي رحمه الله : يلحق بالخطأ

● الحكمه لأن الشرع أزاله قاتلا ، ولنا أن القتل معلوم منه حقيقة فالحق به في حق الضمان طبق في حق غيره على الأصل ، وهو إن كان يأثم بالخضر في غير ملكه لا يأثم بالموت هل ما قالوا وهذه كخسارة ذنب القتل وكلنا الحرمان بسببه (وما يكون شبه عمد في النفس فهو عمد فيها سواها) لأن إتلاف النفس يختلف باختلاف الآلة وما دونها لا يخص إتلافه بآلة دون آلة ، والله أعلم .

باب ما يوجب القصاص وما لا يوجبه

قال (القصاص واجب بقتل كل عقوق الدم على التأييد إذا قتل عمدا) أما المملوكة ظمنا بيته . وأما حقن الدم على التأييد ففتن في شبهة الإباحة وتحقق المساواة .

قال (ويقتل الحر بالحر والحر بالعبد) للصومات . وقال الشافعي رحمه الله : لا يقتل بالحر بالعبد لقوله تعالى - الحر بالحر والعبد بالعبد - ومن ضرورة هذه المقابلة أن لا يقتل حر بعبد ، ولأن معنى القصاص على المساواة وهي متفية بين المالك والمملوك ، ولهذا لا يقطع طرف الحر بطرفه ، بخلاف العبد بالعبد لأتبعهما يستويان ، وبخلاف العبد حيث يقتل بالحر لأنه تفاوت إلى قصاص . ولنا أن القصاص يعتمد المساواة في العصمة ، وهي بالدين أو بالدار : ويستويان فيهما وجريان القصاص بين العبدين يؤذن بانتفاء شبهة الإباحة والنقص تخصيص بالذكر فلا يبنى ما عداه .

قال (والمسلم بالذي) خلافا للشافعي رحمه الله ، له قوله عليه الصلاة والسلام : لا يقتل مؤمن بكافر ، ولأنه لا مساواة بينهما وقت الجنابة وكلنا الكفر مبيح فيورث الشبهة . ولنا ما روى أن النبي عليه الصلاة والسلام : قتل مسلما بذي ، ولأن المساواة في العصمة ثابتة نظرا إلى التكليف أو الفداء والمبيح كفر المحارب دون المسلم والقتل بمثله يؤذن بانتفاء الشبهة والمراد بما روى الحرق لسياقه ولا ذو عهد في عهده والعطف للمغايرة .

قال (ولا يقتل بالمستأنن) لأنه غير عقوق الدم على التأييد وكذلك كفره باحث على الحراب ، لأنه على قصد الرجوع (ولا يقتل الذي بالمستأنن) لما بينا (ويقتل المستأنن بالمستأنن) قياسا للمساواة ولا يقتل استحسانا لقيام المبيح . (ويقتل الرجل بالمرأة والكبير بالصغير والصحيح بالأعمى والزمن وبناقص الأطراف وبالمجنون) للصومات ، ولأن في اعتبار التفاوت فيها ورواء العصمة امتناع القصاص وظهور التفاضل والتفاضل .

قال (ولا يقتل الرجل بابنه) لقوله عليه الصلاة والسلام : لا ينفاد الوالد بولده ، وهو بإطلاقة حجة على مالك رحمه الله في قوله : ينفاد إذا ذبحه ذنباً ، ولأنه سبب لإحيائه فمن المحال أن يستحق له إفتاؤه ، ولهذا لا يجوز له قتله وإن وجدته في صف الأعداء مقاتلاً أو زانياً وهو محصن والقصاص يستحقه المقتول ثم يخلته وارثه ولجده من قبل الرجال أو النساء وإن علا في هذا بمنزلة الأب وكذا الوالدة والجدة من قبل الأب أو الأم قرب أم بعدت لما بينا ويقتل الولد بالوالد لعدم السقط .

قال (ولا يقتل الرجل بعبد ولا مديرة ولا مكاتبه ولا يعبد ولده) لأنه لا يستوجب لنفسه على نفسه القصاص ولا ولده عليه وكذا لا يقتل بعبد ملك بعضه ، لأن القصاص لا يجزأ .

قال (ومن ورث قصاصاً على أبيه سقط) لحرمه الأبوة . قال (ولا يستوفى القصاص إلا بالسيف) وقال الشافعي رحمه الله : يفعل به مثل ما فعل إن كان فعلاً مشروعاً فإن مات وإلا نحر رقبته لأن معنى القصاص على المساواة . ونا قوله عليه الصلاة والسلام « لا تؤد إلا بالسيف » والمراد به السلاح ، ولأن فيها ذهب إليه استيفاء الزيادة لو لم يحصل المقصود بمثل ما فعل فيجز فيجب التحرز عنه كما في كسر العظم .

قال (وإذا قتل المكاتب عبداً وليس له وارث إلا المولى وترك وفاء فله القصاص عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله ، وقال محمد رحمه الله : لا أرى في هذا قصاصاً) لأنه اشتبه سبب الاستيفاء فإنه الولاء إن مات حراً والمالك إن مات عبداً وصار كعب قال لغيره يعني هذه الجارية بكذا ، وقال المولى زوجها منك لا يخل له وطؤها لاختلاف السبب كذا هذا ، ولما أن حق الاستيفاء للمولى يبين على التقديرين وهو معلوم ، والحكم متحد واختلاف السبب لا يفضي إلى المنازعة ولا إلى اختلاف حكم فلا يبالى به بخلاف تلك المسئلة لأن حكم ملك الميم يفاير حكم النكاح (ولو ترك وفاء وله وارث غير المولى فلا قصاص وإن اجتمعوا مع المولى) لأنه اشتبه من له الحق لأنه المولى إن مات عبداً والوارث إن مات حراً إذ ظهر الاختلاف بين الصحابة رضي الله عنهم في موته على نعت الحرية أو الرق بخلاف الأولى لأن المولى متعين فيها (وإن لم يترك وفاء وله ورثة أحرار وجب القصاص للمولى في قولهم جميعاً) لأنه مات عبداً فلا ريب لانتفاخ الكتابة بخلاف معنى البعض إذا مات ولم يترك وفاء لأن الفتى في البعض لا يفسخ بالعجز (وإذا قتل

عبد الرحمن في يد المرتضى لم يجب القصاص حتى يجتمع الراهن والمترين) لأن المرتضى لا ملك له فلا يليه والراهن لو تولاه لبطل حق المترين في الدين فيشترط اجتماعهما ليسقط حق المترين برضاه .

قال (وإذا قتل ولي المعتوه فلا يبيح أن يقتل) لأنه من الولاية على النفس شرع لأمر راجع إليها وهو تشي الصدر فيليه كالانسكاح (وله أن يصالح) لأنه أنظر في حق المعتوه وليس له أن يعفو لأن فيه إبطال حقه (وكذلك إن قطعت يد المعتوه عمدا) لما ذكرنا (والوصى بمنزلة الأب في جميع ذلك إلا أنه لا يقتل) لأنه ليس له ولاية على نفسه وهذا من قبيله ويندرج تحت هذا الإطلاق الصلح عن النفس واستيفاء القصاص في الطرف ، فإنه لم يستثن إلا القتل ، وفي كتاب الصلح أن الوصى لا يملك الصلح ، لأنه تصرف في النفس بالاعتراض عنه فيزول منزلة الاستيفاء ، ووجه المذكور هنا أن المتصور من الصلح المال ، وأنه يجب بعقده كما يجب بعقد الأب بخلاف القصاص ، لأن المقصود التشي وهو مختص بالأب ولا يملك العفو ، لأن الأب لا يملكه لما فيه من الإبطال فهو أولى ، وقالوا : بقياس أن لا يملك الوصى الاستيفاء في الطرف كما لا يملكه في النفس ، لأن المقصود متعدد وهو التشي ، وفي الاحتضان يملكه لأن الأطراف يملك بها ملك الأموال فلها خلقت وقاية للنفس كالمال على ما عرف ، فكان استيفاؤه بمنزلة التصرف في المال والوصي بمنزلة المعتوه في هذا ، والقاضي بمنزلة الأب في الصحيح ، ألا ترى أن من قتل ولا ولي له يستوفيه السلطان والقاضي بمنزلة فيه .

قال (ومن قتل وله أولياء صغار وكبار فلكبار أن يقتلوا القاتل عند أبي حنيفة رحمه الله ، وقالوا : ليس لم ذلك حتى يدرك الصغار) لأن القصاص مشترك بينهم ولا يمكن استيفاء البعض لعدم التجزئ ، وفي استيفائهم الكل لإبطال حق الصغار فيؤخر إلى إدراكهم كما إذا كان بين الكبيرين وأحدهما غائب أو كان بين المولين ، وله أنه حتى لا يتجزأ لتجوز سبب لا يتجزأ وهو القرابة ، واحتمال العفو من الصغير متقطع فيثبت لكل واحد كلاهما في ولاية الإنكاح بخلاف الكبيرين ، لأن احتمال العفو من الغائب ثابت ومستلزم المولين ممنوعة .

قال (ومن ضرب رجلاً بمرقته فأن أصابه بالحديد قتل به ، وإن أصابه بالعود ضربه باليد) قال رضي الله عنه : وهذا إذا أصابه بمعد الحديد لوجود الجرح فكل

السب ، وإن أصابه يظهر الحديد فعندما يجب ، وهو رواية عن أبي حنيفة رحمه الله اعتباراً منه للآلة وهو الحديد ، وعنه إنما يجب إذا جرح وهو الأصح على ما نبينه إن شاء الله تعالى وعلى هذا الضرب بسنجات الميزان ، وأما إذا ضربه بالعود فلإنما يجب الدية لوجود قتل النفس المعصومة وامتناع القصاص حتى لا يظهر الدم ، ثم قيل هو بمنزلة العصا الكبيرة فيكون قتلًا بالمقتل ، وفيه خلاف أبي حنيفة رحمه الله فعل ما تبين ، وقيل هو بمنزلة السوط وفيه خلاف الشافعي رحمه الله وهي مسألة الموالة ، له أن الموالة في الضربات إلى أن مات دليل العمدية فيتحقق الموجب . ولنا ما روينا « ألا إن قتل خطأ العمد ويرى شبه العمد » الحديث ، ولأن فيه شبهة عدم العمدية ، لأن الموالة قد تستعمل للتأديب أو لعلة احترام القصد في خلال الضربات فيجرى أول الفعل عنه وعساه أصاب المقتل والشبهة دائرة للقود فوجب الدية .

قال (ومن غرق صبيًا أو بالنا في البحر فلا قصاص) عند أبي حنيفة رحمه الله ، وقالوا يقتص منه وهو قول الشافعي رحمه الله غير أن عندهما يستوفى جزاء وعنده يفرق كما بيناه مع قبل ، لم قوله عليه الصلاة والسلام « من غرق غرقناه » ولأن الآلة قاتلة فاستعمالها أمانة العمدية ولا مرء في العصمة ، وله قوله عليه الصلاة والسلام « ألا إن قتل خطأ العمد قتل السوط والعصا » وفيه « وفي كل خطأ أرض » ولأن الآلة خبر معدة للقتل ولا مستعملة فيه لتعلم استعماله فتصنعت شبهة عدم العمدية ، ولأن القصاص ينشأ عن المماثلة ومنه يقال : اقتص أمره ومنه المقصة للجلمين ولا تماثل بين الجرح والدق لقصور الثاني عن تخريب الظاهر ، وكذا لا يعمالان في حكمة الزجر لأن القتل بالسلاح غالب والمقتل نادر ، ومارواه غير مرفوع أو هو محمول على السياسة وقد أومت إليه إضافته إلى نفسه فيه وإذا امتنع القصاص وجبت الدية وهي على الماكلة وقد ذكرناه واختلاف الروايتين في الكفارة .

قال (ومن جرح رجل عمدًا فلم يزل صاحب فراش حتى مات فعليه القصاص) لوجود السبب وعدم ما يبطل حكمه في الظاهر فأضيف إليه .

قال (وإذا اتى الصنفان من المسلمين والمشركون فقتل مسلم مسلمًا ظن أنه مشرك فلا قود عليه وعليه الكفارة) لأن هذا أحد نوعي الخطأ على ما بيناه وخطأ بتوعيه لا يوجب القود ويوجب الكفارة وكلنا الدية على مناطق به نص الكتاب ، ولما اختلفت سيوف

المسلمين على الهجاء أبي حذيفة رضى الله عنه قضى رسول الله عليه الصلاة والسلام بالدية .
قالوا : إنما تجب الدية إذا كانوا مختاطين فإن كان في صف المشركين لا يجب لسقوط عصمته
بشكثير سوادهم . قال عليه الصلاة والسلام « من كثر سواد قوم فهو منهم » .

قال (ومن شج نفسه وشجه رجل وعقره أسد وأصابته حية فأت من ذلك كله فعل
الأجنبي ثلث الدية) لأن فعل الأسد والحية جنس واحد لكونه هدرًا في الدنيا والآخرة
وفعله بنفسه هدر في الدنيا معتبر في الآخرة حتى يأثم عليه ، وفي النوادر أن عند أبي
حنيفة ومحمد رحمه الله يضل ويصل عليه ، وعند أبي يوسف رحمه الله يضل ولا يصل
عليه ، وفي شرح السير الكبير ذكر في الصلاة عليه اختلاف المشايخ على ما كتبه في كتاب
التنجيس والمزيد فلم يكن هدرًا مطلقًا وكان جنسًا آخر ، وفعل الأجنبي معتبر في الدنيا
والآخرة فصارت ثلاثة أجناس فكان النفس تلتفت بثلاثة أفعال فيكون قتالها يضل كل
كل واحد ثلث فيجب عليه ثلث الدية ، والله أعلم بالصواب :

فصل

قال (ومن شهر على المسلمين سيفًا فعليه أن يقتلوه) لقوله عليه الصلاة والسلام
« من شهر على المسلمين سيفًا فقد أطل دمه » ولأنه باغ قسقط عصمته يبغيه ، ولأنه من
طريقا لدفع القتل عن نفسه فله قتله وقوله : فعليه ، وقول محمد رحمه الله في الجامع الصغير .
فحق على المسلمين أن يقتلوه إشارة إلى الوجوب ، والمعنى : وجوب دفع الضرر وفي
سرة الجامع الصغير ، ومن شهر على رجل سلاحًا ليلًا أو نهارًا أو شهر عليه عصا ليلًا
في مصر أو نهارًا في طريق في غير مصر فقتله المشهور عليه عمدا فلا شيء عليه لما بينا ،
وهذا لأن السلاح لا يلبث فيحتاج إلى دفعه بالقتل ، والعصا الصغيرة وإن كانت تلبث
ولكن في الليل لا يلحقه الغوث فيضطر إلى دفعه بالقتل وكذا في النهار في غير المصر
في الطريق لا يلحقه الغوث فإذا قتله كان دمه هدرًا . قالوا : فإن كان عصا لا تلبث يحتمل
أن تكون مثل السلاح عندما :

قال (وإن شهر المجهنون على غيره سلاحًا فقتله المشهور عليه عمدا فعليه الدية في ماله)
وقال الشافعي رحمه الله : لا شيء عليه ، وعلى هذا الخلاف الصبي واللبنة ، وعن أبي
يوسف رحمه الله : أنه يجب الضمان في الدابة ولا يجب في الصبي والمجهنون ، والشافعي رحمه

الله أنه قتله فأعفا عن نفسه فيعتبر بالبالغ الشاهر ، ولأنه يصبر محمولا على قتله بفعله فأشبه
المكره ، ولأن يوسف رحمه الله : أن فعل الدابة غير معتبر أصلا حتى لو تحقق لا يوجب
الضمان . أما فعلهما فمعتبر في الجملة حتى لو حققناه يجب عليهما الضمان ، وكذا عصمتها
لحقهما وعصمة الدابة حتى مالكتها فكان فعلهما مسقطا للعصمة دون فعل الدابة . ولنا
أنه قلل شخصا معصوما أو أتلف مالا معصوما حقا للمالك وفعل الدابة لا يصلح مسقطا ،
وكذا فعلهما وإن كانت عصمتها حقهما لعدم اختيار صحيح ، ولهذا لا يجب القصاص
بتحقق الفعل منهما بخلاف العاقل البالغ لأن له اختيارا صحيحا ، وإنما لا يجب القصاص
لوجود المبيع وهو دفع الشر فتجب الدية .

قال (ومن شهر على غيره سلاحا في المصر فضربه ثم قتله الآخر فعل القاتل القصاص)
معناه إذا ضربه فانصرف لأنه خرج من أن يكون محاربا بالانصراف فعدت عصمته .

قال (ومن دخل عليه غيره ليلا وأخرج السرقة فاتبعه وقتله فلا شيء عليه) لقوله
عليه الصلاة والسلام : قاتل دون مالك . ولأنه يباح له القتل دفعا في الابتداء فكنا
استردادا في الانتهاء ، وتأويل المسئلة إذا كان لا يضمن من الاسترداد إلا بالقتل والله أعلم .

باب القصاص فيما دون النفس

قال (ومن قطع يده غيره عمدا من المفصل قطعت يده وإن كانت يده أكبر من اليد
المقطوعة) لقوله تعالى - والجروح قصاص - ، وهو ينبيء عن المائلة فكل ما أمكه
رعايتها فيه يجب فيه القصاص ، ومالا فلا ، وقد أمكن في القطع من المفصل فاعتبر ولا
معتبر بكبر اليد وصغرهما ، لأن منفعة اليد لا تختلف بذلك ، وكذلك الرجل ومارن الأنف
والأذن لإمكان رعاية المائلة . قال (ومن ضرب عين رجل فقلعها لا قصاص عايه)
لامتناع المائلة في القلع ، وإن كانت قائمة فذهب ضوؤها فعليه القصاص لإمكان
المائلة على ما قال في الكتاب تحمي له المرأة ويجعل على وجهه قطن رطب وتقابل عينه
بالمرأة فيذهب ضوؤها ، وهو مأثور عن جماعة مع الصحابة رضي الله عنهم .

قال (وفي السن القصاص) لقوله تعالى - والسن بالسن - (وإن كاف من من يقتص
منه أكبر من سن الآخر) لأن منفعة السن لا تتفاوت بالصغر والكبر :

قال (وفي كل شجة تتحقق فيها المائلة القصاص) لما تلوناه :

قال (ولا قصاص في عظم إلا في السن) وهذا المفظ مروى عن عمر وابن مسعود

وهو الله عنهما ، وقال عليه الصلاة والسلام : لا قصاص في العظم ، والمراد غير السن ،
ولأن اعتبار المائلة في غير السن ، تعمّر لاحتمال الزيادة والتقصان بخلاف السن لأنه يرد
بالمبرد ، ولو قلع من أصله يقطع الثاني فيثانلان .

قال (وليس فيما دون النفس شبه عمد إنما هو عمد أو خطأ) لأن شبه العمد يعود إلى
الآلة والقتل هو الذي يختلف باختلافها دون مادون النفس لأنه لا يختلف إتلافه باختلاف
الآلة فلم يبق إلا العمد والخطأ (ولا قصاص بين الرجل والمرأة فيما دون النفس ولا بين
الحر والعبد ولا بين العبدین) خلافا للشافعي رحمه الله في جميع ذلك إلا في الحر يقطع
طرف العبد ، ويعتبر الأطراف بالنفس لكونها تابعة لها . ولنا أن الأطراف يسلك بها
مسلك الأموال فيعدم التماثل بالتفاوت في القيمة ، وهو معلوم قطعا بتقويم الشرع فأمكن
اعتباره بخلاف التفاوت في البطش لأنه لا ضابط له فاعتبر أصله وبخلاف النفس لأن
الخطف لإزهاق الروح ولا تفاوت فيه (ويجب القصاص في الأطراف بين المسلم والكافر)
للتساوي بينهما في الأرض :

قال (ومن قطع يد رجل من نصف الساعد أو جرحه جراحة فبرأ منها فلا قصاص
عليه) لأنه لا يمكن اعتبار المائلة فيه إذ الأول كسر العظم ولا ضابط فيه ، وكذا البرء
نادر ، فينفي الثاني إلى الهلاك ظاهرا .

قال (وإذا كانت يد المقتول مصحبة ويد القاطع سلاء أو ناقصة الأصابع فالقسطوع
بالتخيّر إن شاء قطع اليد المعيبة ولا شيء له غيرها وإن شاء أخذ الأرض كاملا) لأن استيفاء
الحق كلاً معتمد ، فله أن يتجوّز بدون حقه ، وله أن يعدل إلى العوض كالمثل إذا انصرم
عن أيدي الناس بعد الإتيان ، ثم إذا استوفاهما ناقصا فقد رضي به فيسقط حقه كما إذا
رضي بالردى مكان الجيد (ولو سقطت المؤنة قبل اختيار الهني عليه أو قطعت ظلما
فلا شيء له) عندنا لأن حقه متعين في القصاص ، وإنما ينتقل إلى المال باختياره فيسقط
بفواته بخلاف ما إذا قطعت بحق عليه من قصاص أو سرقة حيث يجب عليه الأرض
لأنه أوفى به حقا مستحقا فصارت سلمة له معنى . .

قال (ومن شج رجلا فاستوجب الشجرة ما بين قرنيه وهي لا تستوعب ما بين قرني
الشاح فالشجوج بالتخيّر ، إن شاء اقتص بمقدار شجته يبتدى من أي الجانبين شاء وإن
شاء أخذ الأرض) لأن الشجرة موجهة لكونها مشينة فقط فيزداد الشين زيادتها في استيفائه

حامين قرنى الشاج زيادة على ما فعل ولا يلحقه من الشين باستيفائه قدر حقه ما يلحق المشجوج فينتقص فيخير كما في الشلاء والصحيحة ، وفي حكمه بغير أبضا ، لأنه يتعلم الاستيفاء كلالا للتدلى إلى غير حقه وكذا إذا كانت الشجة في طول الرأس وهي تأخذ من جهة إلى قفاه ولا تبلغ إلى قفا الشاج فهو بالخيار لأن المعنى لا يختلف .

قال (ولا قصاص في اللسان ولا في الذكر) وعن أبي يوسف رحمه الله أنه إذا قطع من أصله يجب لأنه يمكن اعتبار المساواة . ولنا أنه يتقبض وينبسط فلا يمكن اعتبار المساواة (إلا أن تقطع الحشفة) لأن موضع القطع معلوم كالفصل ولو قطع بعض الحشفة أو بعض الذكر ، فلا قصاص فيه لأن البعض لا يعلم مقداره بخلاف الأذن إذا قطع كله أو بعضه لأنه لا يتقبض ولا ينبسط وله حد يعرف ، فيمكن اعتبار المساواة ، والحشفة إذا استعصما بالقطع يجب القصاص لإمكان اعتبار المساواة ، بخلاف ما إذا قطع بعضها لأنه يتعلم اعتبارها ؛

فصل

قال (وإذا اصططح القاتل وأولياء القاتل على مال سقط القصاص ووجب المال قليلا كان أو كثيرا) لقوله تعالى - فمن عني له من أخيه شيء - الآية على ما قيل زلت الآية في الصلح وقوله عليه الصلاة والسلام « من قتل له قاتل ، الخديث » والمراد والله أعلم الأخذ بالرضا على ما بيناه وهو الصلح بعينه ، ولأنه حق ثابت للورثة يجري فيه الإسقاط حضوا ، فكذا تمويضا لاشتتاله على إحسان الأولياء وإحياء القاتل فيجوز بالتراضى والقتل والكبير فيه سواء ، لأنه ليس فيه نص مقدر فيفرض إلى اصطلاحهما كالتخلع وغيره وإن لم يذكر حلالا ولا مؤجلا فهو حال لأنه مال واجب بالعقد ، والأصل في أمثاله الحلول نحو المهر والنمى بخلاف الدية لأنها ما وجبت بالعقد .

قال (وإن كان القاتل حرا أو عبدا فأمر الحر ومولى العبد وجلا بأن يصالح من دهمها على ألف درهم فضل فالألف على الحر ومولى العبد نصفان) لأن عقد الصلح أضعف إليهما (وإذا عفا أحد الشركاء من الدم أو صالح من نصيبه على عوض سقط حق الباقين عن القصاص وكان لم نصيبهم من الدية) وأصل هذا أن القصاص حق جميع الورثة وكذا الدية خلافا لما لك والثافى رحمها الله في الزوجين . لما أن الوراثة خلاقة وهي

بالنسب دون السبب لانقطاعه بالموت . ولنا أنه عليه الصلاة والسلام أمر بتوريث امرأة أشيم الضبابي من عقل زوجها أشيم ، ولأنه حتى يجرى فيه الإرث حتى أن من قتل ، وله ابنان فأت أحدهما عن ابن كان القصاص بين الصلبي وابن الأيمن فيثبت لسائر الورثة ، والزوجة تبقى بعد الموت حكما في حق الإرث ، أو يثبت بعد الموت مستندا إلى سببه وهو الجرح ، وإذا ثبت للجميع فكل منهم يتمكن من الاستيفاء والإسقاط عفوا وصلحا ومن ضرورة سقوط حق البعض في القصاص سقوط حق الباقيين فيه ، لأنه لا يتجزأ بخلاف ما إذا قتل رجلين وعفا أحد الوليين ، لأن الواجب هناك قصاصان من غير شبهة لاختلاف القتل والمقتول وهما واحد لاتحادهما ، وإذا سقط القصاص ينقلب نصيب الباقيين مالا ، لأنه امتنع لمعنى راجع إلى القاتل ، ونيس للعافی شيء من المال لأنه أسقط حقه بفعله ورضاه ثم يجب ما يجب من المال في ثلاث سنين . وقال زفر رحمه الله : يجب في سنتين فيما إذا كان بين الشريكين وعفا أحدهما لأن الواجب نصف الدية فيعتبر بما إذا قطعت يده خطأ . ولنا أن هذا بعض بدل الدم وكله مؤجل إلى ثلاث سنين فكذا ذلك بعضه والواجب في البدل كل بدل الطرف وهو في سنتين في الشرع ويجب في ماله لأنه عمد .

قال (وإذا قتل جماعة واحدا عمدا اقتصر من جميعهم) لقول عمر رضي الله عنه فيه : لو تمألا عليه أهل صنعاء لقتلتهم ، ولأن القتل بطريق التغالب غالب والقصاص مزجرة للنفهاء فيجب تحقيقا لحكمة الأحياء (وإذا قتل واحد جماعة فحضر أولياء المقتولين قتل لجماعتهم ، ولا شيء لم غير ذلك فإن حضر واحد منهم قتل له وسقط حق الباقيين) وقال الشافعي رحمه الله : يقتل بالأول منهم ويجب للباقيين المال . وإن اجتمعوا ولم يعرف الأول قتل لهم وقسمت الديات بينهم ، وقيل : يقرع بينهم فيقتل لمن خرجت قرعته ، له أن الموجود من الواحد قتلات والذي تحقق في حقه قتل واحد فلا تماثل وهو القياس في الفصل الأول إلا أنه عرف بالشرع . ولنا أن كل واحد منهم قاتل بوصف السكالم فجاء التماثل أصله الفصل الأول إذ لو لم يكن كذلك لما وجب القصاص ولأنه وجد من كل واحد منهم جرح صالح للازهاق فيضاف إلى كل منهم إذ هو لا يتجزأ ، ولأن القصاص شرع مع المنافي لتحقيق الإحياء ، وقد حصل بقتله فاكتفى به .

قال (ومن وجب عليه القصاص إذا مات سقط القصاص) لقوات محل الاستيفاء - فأشبه موت العبد الجاني ويتأق فيه خلاف الشافعي رحمه الله إذ الواجب أحدهما عنده .

قال (وإذا قطع رجلان يد رجل واحد فلا قصاص على واحد منهما وعليها نصف الدية) وقال الشافعي رحمه الله : تقطع يداها والمفروض إذا أخذنا سكيناً وأمرأه على يده حتى انقطعت ؛ له الاعتبار بالأنفس والأيدي تابعة لها فأخذت حكمها أو يجمع بينهما بجامع الزجر . ولنا أن كل واحد منهما قاطع بعض اليد لأن الانقطاع حصل باعتماديهما والمحل متجزئ فيضاف إلى كل واحد منهما البعض فلا مماثلة بخلاف النفس ، لأن الانزهاق لا يتجزأ ، ولأن القتل بطريق الاجتماع غالب حذار الفتوى والاجتماع على قطع اليد من المفصل في حيز الندرة لافتقاره إلى مقدمات بطيئة فيلحقه الفتوى .

قال (وعليها نصف الدية) لأنه دية اليد الواحدة وهما قطعاً (وإن قطع واحد يميني رجلين فحضرأ فلهما أن يقطعا يده ، وبأخذنا منه نصف الدية بقسمائنه نصفين سواء قطعتهما معا أو على التعاقب) وقال الشافعي رحمه الله في التعاقب : يقطع بالأول وفي القرآن : لأن اليد استحقها الأول فلا يثبت الاستحقاق فيها للثاني كالرهن بعد الرهن وفي القرآن اليد الواحدة لاثني بالحقين فترجع بالقرعة . ولنا أنها استويا في سبب الاستحقاق . فيستويان في حكمه كالغريمين في التركة والقصاص ملك بالفعل يثبت مع المتأني ، فلا يظهر إلا في حق الاستيفاء . أما المحل فخلو عنه فلا يمنع ثبوت الثاني بخلاف الرهن لأن الحق ثابت في المحل فصار كما إذا قطع العبد يمينيهما على التعاقب فتصح رقبته لهما ، وإن حضر واحد منهما فقطع يده فللاختار عليه نصف الدية ، لأن للحاضر أن يستوفي ثبوت حقه وتردد سق الغائب وإذا استوفى لم يبق محل الاستيفاء فمتعين حق الآخر في الدية لأنه أوفى به حقاً مستحقاً .

قال (وإذا أقر العبد بقتل المصد لزمه القود) وقال زفر رحمه الله لا يصح إقراره ، لأنه يلاقى حق المولى بالإبطال فصار كما إذا أقر بالمال . ولنا أنه غير متهم فيه لأنه مضر به فيقبل ولأن العبد مبقى على أصل الحرية في حق الدم عملاً بالأدمية حتى لا يصح إقرار المولى عليه بالحد والقصاص ، وبطلان حق المولى بطريق الضمن فلا يبين به (ومن رى رجلاً عمداً فنفذ السهم منه إلى آخر فانا فعليه الإقصاص للأول والدية للثاني على عاقلته) لأن الأول عمد والثاني أحد نوعي الخطأ كأنه رمى إلى صيد فأصاب آدمياً والفعل يتعد بتعدد الأثر .

فصل

قال (ومن قطع يد رجل خطأ ثم قطعه عمدا قبل أن تبرأ يده أو قطع يده عمدا ثم قطعه خطأ أو قطع يده خطأ فبرأت يده ثم قطعه خطأ أو قطع يده عمدا فبرأت ثم قطعه عمدا فإنه يؤخذ بالأمرين جميعا) والأصل فيه أن الجمع بين الجراحات واجب ما أمكن تنميها للأول لأن القتل في الأرم يقع بضربات متعاقبة ، وفي اعتبار كل ضربة بنفسها بعض المخرج ، إلا أن لا يمكن الجمع فيعطى كل واحد حكم نفسه ، وقد تكرر الجمع في هذه الفصول في الأولين لاختلاف حكم الفعلين وفي الآخرين لتدخل البرء وهو قاطع للسراية حتى لو لم يتدخل وقد تجانسنا بأن كانا خطئين يجمع بالإجماع لإمكان الجمع واكتفى ببدية واحدة (وإن كان قطع يده عمدا ثم قطعه عمدا قبل أن تبرأ يده فإن شاء الإمام قال : اقطموه ثم اقطموه وإن شاء قال : اقطموه) وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله ، وقالوا : يقتل ولا تقطع يده لأن الجمع ممكن لتجانس الفعلين ، وعدم تدخل البرء فيجمع بينهما ، وله أن الجمع معتبر إما للاختلاف بين هذين الفعلين ، لأن الموجب القود وهو يمتد المساواة في الفعل وذلك بأن يكون القتل بالقتل والقطع بالقطع ، وهو معتبر أو لأن الحزب يقطع إضافة السراية إلى القطع حتى لو صدر من شخصين يجب القود على الحازم فصار كتدخل البرء ، بخلاف ما إذا قطع وسرى لأن الفعل واحد وبخلاف ما إذا كانا خطئين لأن الموجب الدية وهي بدل النفس من غير اعتبار المساواة ، ولأن أرض اليد إنما يجب عند استحكام أثر الفعل وذلك بالحزب القاطع للسراية فيجتمع ضمان الكل وضمان الجزء في حالة واحدة ولا يجتمعان . أما القطع والقتل قصاصا فيجتمعان .

قال (ومن ضرب رجلا مائة سوط فبرأ من تسعين ومات من عشرة ففيه دية واحدة) لأنه لما برأ منها لا تبقى معتبرة في حق الأرض ، وإن بقيت معتبرة في حق الضرر ففي الاعتبار للعشرة وكذلك كل جراحة اكتملت ولم يبق لها أثر على أصل أبي حنيفة رحمه الله ، وعن أبي يوسف رحمه الله في مثله حكومة عدل ، وعن محمد رحمه الله أنه يجب أجرة الطبيب (وإن ضرب رجلا مائة سوط وجرحته وبقي له أثر تجب حكومة السدل) لبقاء الأثر ، والأرض إنما يجب باعتبار الأثر في النفس .

قال (ومن قطع يد رجل فضا المقتوعة يده عن القطع ، ثم مات من ذلك قبل القاطع

الدية في ماله وإن عفا عن القطع وما يحدث منه ، ثم مات من ذلك فهو عفو عن النفس إن كان خطأ فهو من الثلث وإن كان عمدا فهو من جميع المال (وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله وقالوا : إذا عفى عن القطع فهو عفو عن النفس أيضا ، وعلى هذا اختلاف إذا عفا عن الشجة ، ثم سرى إلى النفس ومات ، لما أن العفو عن القطع عفو عن موجه وموجه القطع لو اقتصر أو اقتتل إذا سرى . فكان العفو عنه عفو عن أحد وجهيه أيهما كان ، ولأن اسم القطع يتناول السارى والمقتصر فيكون العفو عن القطع عفو عن نوعيه ، وصار كما إذا عفا عن الجنابة فإنه يتناول الجنابة السارية والمقتصرة كلها ، وله أن سب الضمان قد تحقق وهو قتل نفس معصومة متقومة والعفو لم يتناوله بصريحه ، لأنه عفا عن القطع وهو غير القتل وبالسراية تبين أن الواقع قتل وحقه فيه ونحن نوجب ضمانه ، وكان ينبغي أن يجب القصاص وهو القياس لأنه هو الموجب للعمد ، إلا أن في الاستحسان نجب الدية ، لأن صورة العفو أورثت شبهة وهي دائرة القود ، ولا نسلم أن السارى نوع من القطع ، وأن السراية صفة له بل السارى قتل من الابتداء ، وكذا لا موجب له من حيث كونه قتلًا فلا يتناوله العفو بخلاف العفو عن الجنابة لأنه اسم جنس ، وبخلاف العفو عن الشجة وما يحدث منها لأنه صريح في العفو عن السراية والقتل ولو كان القطع خطأ فقد أجراه مجرى عمد في هذه الوجوه وفاقا وخلافاً آذن بذلك إطلاقه إلا أنه إن كان خطأ فهو من الثلث ، وإن كان عمدا فهو من جميع المال لأن موجب العمد القود ولم يتعلق به حق الورثة لما أنه ليس بمال فصار كما إذا أوصى بإعارة أرضه . أما الخطأ فوجب له المال وحق الورثة يتعلق به فيعتبر من الثلث .

قال (وإذا قطعت المرأة يد رجل فزوجها على يده ثم مات فلها مهر مثلها وعلى عاقلتها الدية إن كان خطأ وإن كان عمدا ففي ماله) وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله ، لأن العفو عن اليد إذا لم يكن عفا عما يحدث منه عنده فالزوج على اليد لا يكون تزوجا على ما يحدث منه ثم القطع إذا كان عمدا يكون هذا تزوجا على القصاص في الطرف وهو ليس بمال ، فلا يصلح مهرا لاسيما على تقدير السقوط ، فيجب مهر المثل وعليها الدية في ماله لأن الزوج وإن كان يتضمن العفو على ما تبين إن شاء الله تعالى لكن عن القصاص في الطرف في هذه الصورة ، وإذا سرى تبين أنه قتل النفس ولم يتناوله العفو ، فتجب الدية وتجب في ماله لأنه عمد والقياس أن يجب القصاص على ما بيناه ، وإذا وجب لها مهر المثل ، وعليها الدية

تقع المقاصة إن كانا على السواء ، وإن كانا في الدية فضل ترده على الورثة ، وإن كان في المهر فضل ترده الورثة عليها ، وإذا كان القطع خطأ يكون هذا تزوجاً على أرض اليد ، وإذا سرى إلى النفس تبين أنه لأرض ليد وأن المسمى معدوم فيجب مهر المثل كما إذا تزوجها على مافي اليد ولا شيء فيها ، ولا يتفحصان لأن الدية تجب على العاقلة في الخطأ والمهر لها .

قال (ولو تزوجها على اليد وما يحدث منها أو على الجنابة ثم مات من ذلك والقطع عند ظنها مهر مثلها) لأن هذا تزوج على انقصاص وهو لا يصلح مهرًا فيجب مهر المثل على ما بيناه وصار كما إذا تزوجها على خير أو خزير ولا شيء له عليها لأنه لما جعل انقصاص مهرًا فقد رضى بسقوطه بجهة المهر فيسقط أصلاً كما إذا أسقط انقصاص بشرط أن يصير مالا فإنه يسقط أصلاً (وإن كان خطأ رفع عن العاقلة مهر مثلها ولهم ثلث ماترك وصية) لأن هذا تزوج على الدية وهي تصلح مهرًا لأنه يعتبر بقدر مهر المثل من جميع المال ، لأنه مريض مرض الموت والتزوج من الحوائج الأصلية ، ولا يصح في حق الزيادة على مهر المثل لأنه محاباة فيكون وصية فيرفع عن العاقلة ، لأنهم يتحملون عنها فن الحال أن ترجع عليهم بموجب جنابتها وهذه الزيادة وصية فم لأهم من أهل الوصية لما أنهم ليسوا بقتلة فإن كانت تخرج من الثلث تسقط وإن لم تخرج يسقط ثلثه . وقال أبو يوسف وعمرهما الله : كذلك الجواب فيما إذا تزوجها على اليد لأن النفو عن اليد عفو عما يحدث منه عندهما فاتفق جوابهما في الفصلين .

قال (ومن قطعت يده فاقطع له من اليد ثم مات فإنه يقتل المقتص منه) لأنه تبين أن الجنابة كانت قتل عمد وحق المقتص له القود واستيفاء القطع لا يوجب سقوط القود كمن له القود إذا استوفى طرف من عليه القود ، وعنى أبي يوسف رحمه الله : أنه يسقط حقه في القصاص لأنه لما أقدم على القطع فقد أبرأه عما وراءه ، ونحن نقول : إنما أقدم على القطع ظنا منه أن حقه فيه وبعد السراية تبين أنه في القود فلم يكن ميراثاً عنه بدون العلم به .

قال (ومن قتل وليه عمداً فقطع يده فأناله ثم عفا وقد قضى له بالقصاص أو لم يقض فعلى قاطع اليد دية اليد عند أبي حنيفة رحمه الله ، وقالوا : لا شيء عليه) لأنه استوفى حقه فلا يضمه وهذا لأنه استحق إتلاف النفس بجميع أجزائها ، ولهذا لم يحق لا يضمه ،

وكذا إذا سرى وما برأ أو ماعفا وما سرى أو قطع ، ثم حز رقبته قبل البرء أو بعده وصار كما إذا كان له قصاص في الطرف ، فقطع أصابعه ثم عفا لا يضمن الأصابع ، وله أنه استوفى غير حقه لأن حقه في القتل وهذا قطع وإبادة ، وكان القياس أن يجب القصاص إلا أنه سقط للشبهة فإن له أن يثله تبعاً وإذا سقط وجب المال ، وإنما لا يجب في الحال ، لأنه يحتمل أن يصير قتلاً بالسراية فيكون مستوفياً حقه ، وملك القصاص في النفس ضروري لا يظهر إلا عند الاستيفاء أو العفو أو الاعتياض لما أنه تصرف فيه فأما قبل ذلك لم يظهر لعدم الضرورة بخلاف ما إذا سرى لأنه استيفاء وأما إذا لم يعف وما سرى . قلنا : إنما يتبين كونه قطعاً بغير حق بالبرء حتى لو قطع وما عفا وبرأ الصحيح أنه على هذا الخلاف وإذا قطع ثم حز رقبته قبل البرء فهو استيفاء ، ولو حز بعد البرء فهو على هذا الخلاف هو الصحيح ، والأصابع وإن كانت تابعة قياساً بالكف فالكف تابعة لما غرضاً بخلاف الطرف لأنها تابعة للنفس من كل وجه .

قال (ومن له القصاص في الطرف إذا استوفاه ثم سرى إلى النفس ومات يضمن دية النفس عند أبي حنيفة رحمه الله ، وقالوا لا يضمن) لأنه استوفى حقه وهو القطع ولا يمكن التقيد بوصف السلامة لما فيه من سد باب القصاص إذ الإحراز عن السراية ليس في وسعه فصار كالإمام والبزاع والحجاء والمأمور بقطع اليد ، وله أنه قتل بغير حق ، لأن حقه في القطع وهذا وقع قتلاً ، وهذا لو وقع ظلماً كان قتلاً ولأنه جرح أفصى إلى فوات الحياة في مجرى العادة وهو مسمى القتل إلا أن القصاص سقط للشبهة فوجب المال بخلاف الاستشهاد به من المسائل ، لأنه مكلف فيها بالفعل إما تقليداً كالإمام أو عقداً كنافي غيره منها والواجبات لا تنقيد بوصف السلامة كالمرى إلى الحربى ، وفيها نحن فيه لا التزام ولا وجوب إذ هو مندوب إلى العفو فيكون من باب الإطلاق فأشبه الاصطياد ، والله أعلم بالصواب :

باب الشهادة في القتل

قال (ومع قتل وله ابنان حاضر وغائب فأقام الحاضر البينة على القتل ، ثم قدم الغائب فله بعيد البينة) عند أبي حنيفة ، وقالوا : لا يعيد (وإن كان خطأ لم يعدها بالإجماع) وكذلك الذين يكون لأبيهما على آخر ، لهما في الخلافية أن القصاص طريقه طريق الوراثة كالدين ، وهذا لأنه حوض عن نفسه فيكون الملك فيه لمن له الملك في المعروض كما في العبة

ولهذا لو انقلب مالا يكون الميت ولهذا يسقط بفروه بعد الجرح قبل الموت ، فينتصب أحد الورثة خصما عن الباقي ، وله أن القصاص طريق الخلافة دون الورثة ، ألا ترى أن ملك القصاص يثبت بعد الموت والميت ليس من أهله بخلاف الدين والدية لأنه من أهل الملك في الأموال كما إذا نصب شبكة فتخط بها صيد بعد موته فإنه يملكه ، وإذا كان طريقه الاثبات ابتداء لا ينتصب أحدهم خصما عن الباقي فيعيد البينة بعد حضوره (فإن كان أقام القاتل البينة أن الغائب قد عفا فالشاهد خصم ويسقط القصاص) لأنه ادعى على الحاضر سقوط حقه في القصاص إلى مال ولا يمكن إثباته إلا بآيات العفو من الغائب فينتصب الحاضر خصما عن الغائب (وكذلك عبد بين رجلين قتل عمدا وأحد الرجلين غائب فهو على هذا) لما بيناه .

قال (فإن كان الأولياء ثلاثة فشهد اثنان منهم على الآخر أنه قد عفا فشهادتهما باطلة وهو عفو منهما) لأنهما يجران بشهادتهما إلى أنفسهما مغنيا وهو انقلاب القود مالا (فإن صدقهما القاتل فالدية بينهما أثلاثا) معناه إذا صدقهما وحده ، لأنه لما صدقهما ، فقد أقر بثلاث الدية لما فصيح إقراره ، إلا أنه يدعى سقوط حق المشهود عليه ، وهو ينكر فلا يصدق ويغرم نصيبه (وإن كذبهما فلا شيء لهما وللآخر ثلث الدية) ومعناه إذا كذبهما القاتل أيضا . وهذا لأنهما أقرّا على أنفسهما بسقوط القصاص فقبل وادعيا انقلاب نصيبهما مالا فلا يقبل إلا بحجة وينقلب نصيب المشهود عليه مالا لأن دعواهما العفو عليه ، وهو ينكر بمنزلة ابتداء العفو منهما في حق المشهود عليه ، لأن سقوط القود مضاف إليهما وإن صدقهما المشهود عليه وحده غرم القاتل ثلث الدية للمشهود عليه لأقراره له بذلك .

قال (وإذا شهد الشهود أنه ضربه فلم يزل صاحب فراش حتى مات فعليه القود إذا كان عمدا) لأن الثابت بالشهادة كالثابت مغايرة وفي ذلك القصاص على ما بيناه ، والشهادة على قتل العمد تتحقق على هذا الوجه ، لأن الموت بسبب الضرب إنما يعرف إذا صار بالضرب صاحب فراش حتى مات ، وتأويله إذا شهدوا أنه ضربه بشيء جرح .

قال (وإذا اختلف شاهد القتل في الأيام أو في البلد أو في الذي كان به القتل فهو باطل) لأن القتل لا يعاد ولا يكرر والقتل في زمان أو في مكان غير القتل في زمان أو مكان آخر ، والقتل بالعصا غير القتل بالسلاح لأن الثاني عمد الأول شبه العمد ، ويختلف أحكامهما فكان على كل قتل شهادة فرد (وكذا إذا قال أحدهما : قتله بعضا وقال الآخر لا أدري بأي شيء قتله فهو باطل) لأن المطلق يغير المقيد :

قال (وإن شهدا أنه قتله وقال لا أندري بأى شيء قتله ففيه الدية استحسانا) والقياس أن لا تقبل هذه الشهادة لأن القتل يختلف باختلاف الالة فجعل المشهود به ، وجه الاستحسان أنهم شهدوا بقتل مطلق والمطلق ليس بمجمل ، فيجب أقل موجبيه وهو الدية ، ولأنه يحمل إجمالم في الشهادة على إجمالم بالمشهود عليه سترأ عليه وأولوا كذبهم في نفي العلم بظاهر ما ورد باطلاته في إصلاح ذات الدين ، وهذا في معناه فلا يثبت الاختلاف بالشك ويجب الدية في ماله لأن الأصل في الفعل العمد فلا يلزم العاقلة .

قال (وإذا أقر رجلان كل واحد منهما أنه قتل فلانا فقال الولي قتلناه جميعا فله أن يقتلهما ، وإن شهدوا على رجل أنه قتل فلانا وشهد آخرون على آخر بقتله وقال الولي قتلناه جميعا بطل ذلك كله) والفرق أن الإقرار والشهادة يتناول كل واحد منهما وجود كل القتل ووجوب القصاص ، وقد حصل التكذيب في الأولى من المقر له وفي الثانية من المشهود له غير أن تكذيب المقر له المقر في بعض ما أقر به لا يبطل إقراره في الباقي • وتكذيب المشهود له الشاهد في بعض ما شهد به يبطل شهادته أصلا لأن التكذيب تفسيق وفسق الشاهد يمنع القبول . أما فسق المقر فلا يمنع صحة الإقرار والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب .

باب في اعتبار حالة القتل

قال (ومن رمى مسلما فارتد المرء إليه والعياذ بالله ثم وقع به السهم فعمل الراى الدية عند أبى حنيفة رحمه الله ، وقال لا شيء عليه) لأنه بالارتداد أسقط تقوم نفسه ، فيكون ميراثا لراى عن موجه . كما إذا أبرأه بعد الجرح قبل الموت ، وله أن الضمان يجب بفعله وهو الرى ، إذا فعل منه بعده ، فتعتبر حالة الرى والمرى إليه فيها مقوم ، ولهذا تعتبر حالة الرى في حق الخلل حتى لا يحرم بردة الراى بعد الرى وكذا في حق التكفير حتى جاز بعد الجرح قبل الموت والقتل وإن كان عمدا فالقتود سقط للشبهة ووجب الدية (ولو رمى إليه وهو مرتد فأسلم ثم وقع به السهم فلا شيء عليه في قولهم جميعا ، وكذا إذا رمى حريبا فأسلم) لأن الرى ما انعقد موجبا للضمان لعدم تقوم الخلل فلا يتقلب موجبا لتصويره مقوما بعد ذلك .

قال (وإن رمى عبدا فأعتقه مولاه ثم وقع السهم به فعليه قيمته المولى) عند أبى حنيفة

رحمه الله . وقال محمد رحمه الله : عليه فضل ما بين قيمته مرميا إلى غير مرمى ، وقول أبي يوسف رحمه الله مع قول أبي حنيفة رحمه الله ، له أن العتق قاطع للسراية ، وإذا انقطعت بقي مجرد الرمي ، وهو جنابة ينتقص بها قيمة المرمى إليه بالإضافة إلى ما قبل الرمي فوجب ذلك ، ولهما أنه يصير قاتلا من وقت الرمي ، لأن فعله الرمي وهو مملوك في تلك الحالة فتجب قيمته ، بخلاف القطع والجرح لأنه إلتلاف بعض المحل وأنه يوجب الضمان للمولى وبعد السراية لو وجب شيء لوجب للعبد فتصير النهاية مخالفة للبداية .

أما الرمي قبل الإصابة ليس بإلتلاف شيء منه لأنه لا أثر له في المحل وإنما قلت الرهبات فيه فلا يجب به ضمان فلا تتخالف النهاية والبداية فتجب قيمته للمولى ، وزفر رحمه الله وإن كان يخالفنا في وجوب القيمة نظرا إلى حالة الإصابة ، فالهجة عليه ما حققناه :

قال (ومن قضى عليه بالرجم فرماه رجل ثم رجع أحد الشهود ثم وقع به الحجر فلا شيء على الرامي) لأن المختبر حالة الرمي ، وهو مباح الدم فيها (وإذا رمى المحبوس حبسا ثم أسلم ثم وقعت الرمية بالصيد لم يؤكل ، وإن رماه وهو مسلم ثم تمجس والصيد بالله أكل) لأن المختبر حال الرمي في حق المحل والحرمة ، إذ الرمي هو الدكاة فتصير الأهلية وإنسلاها عنده (ولو رمى المحرم حبسا ثم حل فوقعت الرمية بالصيد فعليه الجزاء ، وإن رمى حلالا حبسا ثم أحرم فلا شيء عليه) لأن الضمان إنما يوجب بالتعدي ، وهو رمية في حالة الإحرام ، وفي الأول هو محرم وقت الرمي ، وفي الثاني حلال فلهذا اختلفا ، والله أعلم بالصواب .

كتاب الديات

قال (وفي شبه العمدة مغلطة على العاقلة - وكفارة على القاتل) وقد بيناه أولاً
الجنائيات .

قال (وكفارته عتق رقبة مؤمنة) لقوله تعالى - فتحرير رقبة مؤمنة - الآية (فإن لم
لم يجد فصيام شهرين متتابعين) بهذا النص (ولا يجوز فيه الإطعام) لأنه لم يرد به نص ،
والمقادير تعرف بالتوقيف ، ولأنه جعل المذكور كل الواجب بحرف الفاء أو لكونه كل
المذكور على ما عرف (ويجزئه رضيع أحد أبويه مسلم) لأنه مسلم به والظاهر بسلامة
أطرافه (ولا يجوز ما في البطاطي) لأنه لم تعرف حياته ولا سلامته :

قال (وهو الكفارة في الخطأ) لما تلوانه (ودينه عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما
الله مائة من الإبل أرباعاً خمس وعشرون بنت مخاض ، وخمس وعشرون بنت لبون ،
وخمس وعشرون حقة ، وخمس وعشرون جذعة) وقال محمد والشافعي رحمهما الله :
أثلاثاً ثلاثون جذعة وثلاثون حقة وأربعون ثنية كلها خلفات في بطونها أولادها لقوله
عليه الصلاة والسلام : « إلا إن قتل خطأ العمدة قتل السوط والعصا وفيه مائة من الإبل
أربعون منها في بطونها أولادها » . وعن عمر رضي الله عنه : ثلاثون حقة وثلاثون جذعة
ولأن دية شبه العمدة أغلظ وذلك فيما قلنا ، ولما قوله عليه الصلاة والسلام : « في نفس
المؤمن مائة من الإبل » وما روياه غير ثابت لاختلاف الصحابة رضي الله عنهم في
صلة التخليط وابن مسعود رضي الله عنه قال بالتخليط أرباعاً كما ذكرنا وهو كالرفوع
يعارض به .

قال (ولا يثبت التخليط إلا في الإبل خاصة) لأن التوقيف فيه ، فإن قضى بالدية في
غير الإبل لم تنغلظ لما قلنا :

قال (وقتل الخطأ يجب به الدية على العاقلة والكفارة على القاتل) لما بينا من قبل .

قال (والدية في الخطأ مائة من الإبل أرباعاً خمس وعشرون بنت مخاض وعشرون بنت لبون
وعشرون بنت مخاض وعشرون حقة وعشرون جذعة) ولما قول ابن مسعود رضي الله
عنه ، « وإنما أخذنا نحن والشافعي به لروايته » . أن النبي صلى الله عليه وسلم قضى في قتل

قضى خطأ أخمصا على نحو مقال ، ولأن ما قلناه أنصف فكان أليق بمقالة الخطأ لأن الخطأ لم
يخطئ غير أن عند الشافعي رحمه الله يقضى بعشرين ابن لبون مكان ابن مخاض ، والحجة
عليه ما روينا .

قال (ومن العين ألف دينار ومن للورق عشرة آلاف درهم) وقال الشافعي رحمه
الله : من الورق اثنا عشر ألفا لما روى ابن عباس رضي الله عنهما أن النبي صلى الله عليه
وسلم قضى به ، ولنا ما روى عن عمر رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قضى
بالدية في قتل بعشرة آلاف درهم ، وتأويل ما روى أنه قضى من دراهم كان وزنها
وزن ستة ، وقد كانت كذلك .

قال (ولا تثبت للدية إلا من هذه الأنواع الثلاثة عند أبي حنيفة رحمه الله ، وقالوا :
منها ومن البقر مائة بقرة ومن الغنم ألفا شاة ، ومن الخيل مائة حلة كل حلة ثوبان) لأن
جمر رضي الله عنه حكى ما جعل على أهل كل مال منها ، وله أن التقدير إنما يستقيم بشيء
معلوم المالية ، وهذه الأشياء مجهولة المالية ، ولهذا لا يقدر بها ضمان ، والتقدير بالإبل
عرف بالآثار المشهورة وعدمها في غيرها ، وذكر في المعامل أنه لو صالح على الزيادة
على مائة حلة أو مائة بقرة لا يجوز وهذا آية التقدير بذلك ، ثم قيل هو قول الكل
فيرفع الخلاف ، وقيل هو قولهما خاصة .

قال (ودية المرأة على النصف من دية الرجل) وقد ورد هذا اللفظ موقوفا على حل
رضي الله عنه ومرفوعا إلى النبي صلى الله عليه وسلم ، وقال الشافعي رحمه الله : ما دون
الثلث لا ينتصف وإمامه فيه زيد بن ثابت رضي الله عنه والحجة عليه ما روينا لمعومه
ولأن حالها انتقص من حال الرجل ومنعتنا أقل ، وقد ظهر أثر التخصيص بالتخصيص في
النفس ، فكذا في أطرافها وأجزائها اعتبارا بها وبالثلث وما فوقه .

قال (ودية المسلم والذي سواه) وقال الشافعي رحمه الله : دية اليهودي والنصراني
أربعة آلاف درهم ، ودية المجوسي ثمانمائة درهم ، وقال مالك رحمه الله : دية اليهودي
والنصراني ستة آلاف درهم ، لقوله عليه الصلاة والسلام : عقل الكافر نصف عقل المسلم
والكل عندنا اثنا عشر ألفا ، وللشافعي رحمه الله ما روى : أن النبي صلى الله عليه وسلم
جعل دية النصراني واليهودي أربعة آلاف درهم ، ودية المجوسي ثمانمائة درهم . ولنا قوله
عليه الصلاة والسلام : دية كل ذي عهد في عهده ألف دينار ، وكذلك قضى أبو بكر

وهو رضى الله عنهما ، وما رواه الشافعى رحمه الله : لم يعرف راويه ولم يذكر في كتب الحديث ، وما رواه أشهر مما رواه مالك رحمه الله ، فإنه ظهر به عمل الصحابة ورضى الله عنهم والله أعلم .

فصل فيما دون النفس

قال (وفى النفس الدية) وقد ذكرناه .

قال (وفى المارن الدية ، وفى اللسان الدية ، وفى الذكر الدية) والأصل فيه ما روى صيد بن المسيب رضى الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال « فى النفس الدية ، وفى اللسان الدية ، وفى المارن الدية » وهكذا هو فى الكتاب الذى كتبه رسول الله صلى الله عليه وسلم لمعرو بن حزم رضى الله عنه والأصل فى الأطراف أنه إذا فوت جنس المنفعة على الكمال أو أزال جمالا مقصودا فى الآدمى على الكمال يجب كل الدية لانتلافه للنفس من وجه وهو ملحق بالإنتلاف من كل وجه تعظيلا للآدمى ، وأصله قضاء رسول الله صلى الله عليه وسلم بالدية كلها فى اللسان والأنف ، وعلى هذا تنسحب فروع كثيرة .

فتقول : فى الأنف الدية لأنه أزال الجمال على الكمال وهو مقصود ، وكذا إذا قطع المارن أو الأرنبة لما ذكرنا ، ولو قطع المارن مع القصبة لا يزداد على دية واحدة لأنه عضو واحد ، وكذا اللسان لفوات منفعة مقصودة وهو النطق ، وكذا فى قطع بعضه إذا منع الكلام لتفويت منفعة مقصودة وإن كانت الآلة قائمة ، ولو قدر على التكلم ببعض الحروف ، قيل تقسم على عدد الحروف ، وقيل على عدد حروف تتعلق باللسان ، فيقدر حالا بقدر نجيب ، وقيل : إن قدر على أداء أكثرها نجيب حكومة عدل ، للحصول الإيفاء مع الاختلاف ، وإن حجز عن أداء الأكثر يجب كل الدية لأن الظاهر أنه لا تحصل منفعة الكلام ، وكذا الذكر لأنه يفوت به منفعة الوطء ، والإيلاد ، واستمساك البول ، والرمي به ، ودفق الماء ، والإيلاج الذى هو طريق الاعلاق عادة ، وكذا فى الحشفة الدية كاملة لأن الحشفة أصل فى منفعة الإيلاج والدفق والقصبة كالتابع له .

قال (وفى العقل إذا ذهب بالضرب الدية) لفوات منفعة الإدراك إذ به ينتفع بنفسه فى معاشه ومعاذه .

قال (وكذا إذا ذهب سمعه أو بصره أو شمّه أو ذوقه) لأن كل واحد منها منفعة مقصودة .

وقد روى أن عمر رضى الله عنه : قضى بأربع ديات في ضربة واحدة ذهب بها العقل والكلام والسمع والبصر .

قال (وفي اللحية إذا حطقت فلم تنبت الدية) لأنه يفوت به منفعة الجمال .

قال (وفي شعر الرأس الدية) لما قلنا ، وقال مالك وهو قول الشافعي رحمه الله تجب فيهما حكومة عدل لأن ذلك زيادة في الآدمي ، ولهذا يخلق شعر الرأس كله واللحية بعضها في بعض البلاد وصار كشعر الصدر والساق ولهذا يجب في شعر العبد نقصان القيمة : ولنا أن اللحية في وقتها جمال وفي حلقها تفويته على السكال فتجب الدية كما في الأذنين الشاخصتين وكذا شعر الرأس جمال ، ألا ترى أن من عدمه خلقة يتكلف في ستره بخلاف شعر الصدر والساق لأنه لا يتعلق به جمال ، وأما لحية العبد فمن أي حنيفة رحمه الله : أنه يجب فيها كمال القيمة ، والتخريج على الظاهر أن المقصود بالعبد المنفعة بالاستعمال دون الجمال بخلاف الحر :

قال (وفي الشارب حكومة عدل هو الأصح) لأنه تابع للحية فصار كبعض أطرافها . قال (ولحية الكوسج إن كان على ذقنه شعرات معدودة فلا شيء في حلقه) لأن وجوده يشبه ولا يزيه (وإن كان أكثر من ذلك وكان على الخلد والذقن جميعا ولكنه غير متصل فيه حكومة عدل) لأن فيه بعض الجمال (وإن كان متصلا فيه كمال الدية) لأنه ليس بكوسج وفيه معنى الجمال ، وهذا كله إذا فسد المنبت فإن نبتت حتى استوى كما كان لا يجب شيء لأنه لم يبق أثر الجناية ويؤدب على ارتكابه ما لا يحل ، وإن نبتت بيضاء فمن أبي حنيفة رحمه الله : أنه لا يجب شيء في الحر لأنه يزيد جمالا ، وفي العبد تجب حكومة عدل لأنه ينقص قيمته وعندهما تجب حكومة عدل لأنه في غير أوانه يشبه ولا يزيه ويستوى المعد والمتصل على هذا الجمهور (وفي الحاجبين الدية ، وفي إحداهما نصف الدية) وعند مالك والشافعي ورحمهما الله : تجب حكومة عدل وقد مر الكلام فيه في اللحية .

قال (وفي العينين الدية ، وفي اليدين الدية ، وفي الرجلين الدية ، وفي الشفتين الدية ، وفي الأذنين الدية ، وفي الأكتاف الدية) كذا روى في حديث سعيد بن المسيب رضى الله عنه عن النبي عليه الصلاة والسلام .

قال (وفي كل واحد من هذه الأشياء نصف الدية) وفيها كتب النبي عليه الصلاة والسلام لعمر بن حزم : وفي المهين الدية ، وفي إحداهما نصف الدية ولأن في مخوف

الاثنين من هذه الأشياء تفويت جنس المنفعة أو كمال الجمال فيجب كل الدية ، وفي تفويت إحداها تفويت النصف فيجب نصف الدية .

قال (وفي ثدي المرأة الدية) لما فيه من تفويت جنس المنفعة (وفي إحداها نصف دية المرأة) لما بينا بخلاف ثدي الرجل حيث تجب حكومة عدل لأنه ليس فيه تفويت جنس المنفعة والجمال (وفي حلمي المرأة الدية كاملة) لفوات جنس منفعة الإرضاع وإمساك اللبن (وفي إحداها نصفها) لما بيناه .

قال (وفي أشعار العينين الدية ، وفي إحداها ربع الدية) قال رضى الله عنه بمقتضى أن مراده الأهداب مجازاً كما ذكره محمد رحمه الله في الأصل للمجاورة كالراوية للقرية وهي حقيقة في البعر ، وهذا لأنه يفوت الجمال على السكال ، وجنس المنفعة وهي منفعة دفع الأذى والقذى عن العين إذ هو يتدفع بالمهدب ، وإذا كان الواجب في السكك كل الدية ، وهي أربعة كان في أحدها ربع الدية ، وفي ثلاثة منها ثلاثة أرباعها ومقتضى أن يكون مراده منبت الشعر والحكم فيه هكذا (ولو قطع الجفون بأهدابها ففيه دية واحدة) لأن السكك كشيء واحد وصار كالسارن مع القصة .

قال (وفي كل أصبع من أصابع اليدين والرجلين عشر الدية) لقوله عليه الصلاة والسلام (وفي كل أصبع عشر من الإبل) ولأن في قطع الكل تفويت جنس المنفعة وفيه دية كاملة وهي عشر فتقسم الدية عليها . -

قال (والأصابع كلها سواء) لاطلاق الحديث ولأنها سواء في أصل المنفعة فلا تعتبر الزيادة فيه كاليدين مع الشمال وكذا أصابع الرجلين ، لأنه يفوت بقطع كلها منفعة المشي فتجب الدية كاملة ثم فيهما عشر أصابع فتقسم الدية عليها أعشاراً .

قال (وفي كل أصبع فيها ثلاثة مفاصل ، ففي أحدها ثلث دية الأصبع وما فيها مفصلان ففي أحدهما نصف دية الأصبع) وهو نظير انقسام دية اليد على الأصابع .

قال (وفي كل سن خمس من الإبل) لقوله عليه الصلاة والسلام في حديث أبي موسى الأشعري رضى الله عنه ، وفي كل سن خمس من الإبل والأسنان والأضراس كلها سواء لاطلاق ما روينا ، ولما روي في بعض الروايات والأسنان كلها سواء ولأن كلها في أصل المنفعة سواء فلا يعتبر التفاضل كالأيدي والأصابع ، وهذا إذا كان خطأ فإن كان عمداً ففيه التقصص وقد مر في الجنايات .

قال (ومن ضرب عضواً فأذهب منفعته ففيه دية كاملة كاليدين إذا شلت ، والعين إذا فُقدت

فيروها) لأن الملتقى تفويت جنس المنفعة لافوات الصورة (ومن ضرب صلب غيره فاقطع ماؤه تجب الدية) لتفويت جنس المنفعة (وكذا لو أحديه) لأنه فوت جمالا على الكمال وهو استواء القامة (فلو زالت الحدوبة لأشئ عليه) ازوالها لآخر أثر.

فصل في الشجاج

قال (الشجاج عشرة : الحارصة) وهي التي تخرص الجلد أى تخدشه ولا تخرج الدم (والقمامة) وهي التي تظهر الدم ولا تسيله كالدمع من العين (والدامية) وهي التي تسيل الدم (والباضة) وهي التي تبضع الجلد أى تقطعه (والملاحمة) وهي التي تأخذ في اللحم (والمسحاق) وهي التي تصل إلى السمحاق ، وهي جلدة رقيقة بين اللحم وعظم الرأس (والموضحة) وهي التي توضح العظم أى تبينه (والهاشمة) وهي التي تهشم العظم أى تكسوه (والمثقلة) وهي التي تنقل العظم بعد الكسر أى تحوله (والآمة) وهي تصل إلى أم الرأس وهو الذي فيه الدماغ .

قال (في الموضحة القصاص إن كانت عمدا) لما روى أنه عليه الصلاة والسلام قضى بالقصاص في الموضحة ، ولأنه يمكن أن ينتهى السكين إلى العظم فيساويان فيتحقق القصاص . قال (ولا قصاص في بقية الشجاج) لأنه لا يمكن اعتبار المساواة فيها لأنه لا أحد ينتهى السكين إليه ، ولأن فيما فوق الموضحة كسر العظم ولا قصاص فيه وهذه رواية عن أبي حنيفة رحمه الله . وقال محمد رحمه الله في الأصل وهو ظاهر الرواية : يجب القصاص فيها قبل الموضحة ، لأنه يمكن اعتبار المساواة فيه ، إذ ليس فيه كسر العظم ولا خوف هلاله غالبا فيسبر غورها بمسبار ، ثم تتخذ حديدية بقدر ذلك فيقطع بها مقدار ما قطع فيتحقق استيفاء القصاص .

قال (وفيما دون الموضحة حكومة عدل) لأنه ليس فيها أرض مقدر ولا يمكن إهداره فوجب اعتباره بحكم العدل ، وهو مأثور عن النخعي وعمر بن عبد العزيز رحمهم الله . قال (وفي الموضحة إن كانت خطأ نصف عشر الدية ، وفي الهاشمة عشر الدية ، وفي المثقلة عشر الدية ونصف عشر الدية ، وفي الآمة ثلث الدية ، وفي الجائفة ثلث الدية ، فإن قتلته فهما جائفتان فقيمتا ثلثا الدية) لما روى في كتاب عمرو بن حزم رضى الله عنه أن النبي عليه الصلاة والسلام قال : وفي الموضحة خمس من الإبل ، وفي الهاشمة عشر ،

وفي المنزلة خمسة عشر ، وفي الآلة وروى المأمومة ثلث الدية ، وقال عليه الصلاة والسلام في الجائفة ثلث الدية ، وعن أبي بكر رضى الله عنه أنه حكم في جائفة تفلت إلى الجانب الآخر بثلثي الدية ، ولأنها إذا نفذت نزلت منزلة جائفتين إحداهما من جانب البطن ، والأخرى من جانب الظهر ، وفي كل جائفة ثلث الدية ، فلهذا وجب في النافذة ثلثا الدية .

وعن محمد رحمه الله : أنه جعل المتلاحة قبل الباضعة ، وقال : هي التي يتلاحم فيها اللحم ويسود وما ذكرناه بداء مروى عن أبي يوسف رحمه الله ، وهذا اختلاف عبارة لا يعود إلى معنى وحكم وبعد هذا شجة أخرى تسمى الدامغة ، وهي التي تصل إلى الدماغ وإنما لم يذكرها لأنها تقع قتلا في الغالب لا جناية مقتصرة منفردة بحكم على حدة ، ثم هذه انشجاع تختص بالوجه والرأس لغة ، وما كان في غير الوجه والرأس يسمى جراحة والحكم مرتب على الحقيقة في الصحيح ، حتى لو تحققت في غيرها نحو الساق واليد لا يكون لها أرض مقدر وإنما تجب حكومة العدل ، لأن التقدير بالتوقيف وهو إنما ورد فيها يختص بهما ، ولأنه إنما ورد الحكم فيها لمعنى الشين الذي يلحقه ببقاء أثر الجراحة والشين يختص بما يظهر منها في الغالب ، وهو العضوان هذان لا سواهما .

وأما اللحيان فقد قيل : ليسا من الوجه وهو قول مالك رحمه الله ، حتى لو وجد فيهما ما فيه أرض مقدر لا يجب المقدر ، وهذا لأن الوجه مشتق من المواجهة ، ولا مواجهة فتناظر فيهما إلا أن عندنا هما من الوجه لاتصالهما به من غير فاصلة وقد يتحقق فيه معنى المواجهة أيضا ، وقالوا : الجائفة تختص بالحواف جوف الرأس أو جوف البطن وتفسير حكومة العدل على ما قاله الطحاوي رحمه الله أن يقوم مملوكا بدون هذا الأثر ويقوم وبه هذا الأثر ثم ينظر إلى تفاوت ما بين القيمتين ، فإن كان نصف عشر القيمة يجب نصف عشر الدية وإن كان ربع عشر فربع عشر ، وقال الكرخي رحمه الله ينظر كم مقدار هذه الشجة من الموضحة ، فيجب بقدر ذلك من نصف عشر الدية لأن ما لا نص فيه يرد إلى المنصوص عليه والله أعلم .

فصل

قال (وفي أصابع اليد نصف الدية) لأن في كل أصبع عشر الدية على ما روينا فكان في الخمس نصف الدية ، ولأن في قطع الأصابع تفويت جنس منفعة البطش وهو الموجب على مامر (فإن قطعها مع الكف ففيه أيضا نصف الدية) لقوله عليه الصلاة والسلام « وفي اليدين الدية ، وفي إحداها نصف الدية » ولأن الكف تبع للأصابع لأن البطش بها (وإن قطعها مع نصف الساعد ففي الأصابع والكف نصف الدية ، وفي الزيادة حكومة عدل) وهو رواية عن أبي يوسف رحمه الله ، وعنه أن ما زاد على أصابع اليد والرجل فهو تبع للأصابع إلى المنكب وإلى الفخذ ، لأن الشرع أوجب في اليد الواحدة نصف الدية ولله اسم هذه الجراحة إلى المنكب فلا يزداد على تقدير الشرع ، ولهما أن اليد آلة باطشة والبطش يتعلق بالكف والأصابع دون الذراع فلم يجعل الذراع تبعاً في حق التضمين ، ولأنه لا وجه إلى أن يكون تبعاً للأصابع لأن بينهما عضواً كاملاً ولا إلى أن يكون تبعاً للكف لأنه تابع ولا تبع للتبع .

قال (وإن قطع الكف من المفصل وفيها أصبع واحدة ففيه عشر الدية وإن كان أصبعين فالتخمس ولا شيء في الكف) وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله ، وقالوا : ينظر إلى أرض الكف والأصبع فيكون عليه الأكثر ، ويدخل القليل في الكثير لأنه لا وجه إلى الجمع بين الأرضين لأن الكل شيء واحد ولا إلى إهدار أحدهما ، لأن كل واحد منهما أصل من وجه فرجعتنا بالكثرة ، وله أن الأصابع أصل والكف تابع حقيقة وشرعاً لأن البطش يقوم بها وأوجب الشرع في أصبع واحدة عشرة من الإبل والترجيع من حيث الفئات والحكم أولى من الترجيع من حيث مقدار الواجب (ولو كان في الكف ثلاثة أصابع يجب أرض الأصابع ولا شيء في الكف بالاجماع) لأن الأصابع أصول في التقويم ولأكثر حكم الكل فاستتبع الكف كما إذا كانت الأصابع قائمة بأسرها .

قال (وفي الأصبع الزائدة حكومة عدل) نثر ينفى للأذى لأنه جزء من يده ولكن لا مضعة فيه ولا زينة (وكذلك السن الشاغية) لما قلنا (وفي عين الصبي وذكره ولسانه إذا لم تعلم حسنة حكومة عدل) وقال الشافعي رحمه الله : تجب فيه دية كاملة لأن الغالب فيه الصحة فأنشبه قطع المارن والأذن . ولنا أن المقصود من هذه الأعضاء المضعة ، فإذا لم تعلم

صحها لا يجب الأرض الكامل بالشك والظاهر لا يصلح حجة للالتزام بخلاف المارن ، والأذن الشائخة لأن المقصود هو الجمال ، وقد فوته على الكمال (وكذا لو استدل المعبر) لأنه ليس بكلام ، وإنما هو مجرد صوت ومعرفة الصحة فيه بالكلام ، وفي الذكر بالحركة ، وفي العين بما يستدل به على النظر فيكون حكمه بعد ذلك حكم البالغ في الغمد والخطأ .

قال (ومن شج رجلا فلذهب عقله أو شعر رأسه دخل أرض الموضحة في الدية) لأن بفوات العقل تبطل منفعة جميع الأعضاء ، فصار كما إذا أر ضحه فأت وأرض الموضحة يجب بفوات جزء من الشعر ، حتى لو نبت يسقط والدية بفوات كل الشعر ، وقد تعلقت بسبب واحد فدخل الجزء في الجملة كما إذا قطع أصبع رجل فشلت يده وقال زفر : لا بدخل لأن كل واحد منها جناية فيما دون النفس فلا يتداخلان كسائر الجنايات وجوابه ما ذكرناه .

قال (وإن ذهب صممه وبصره أو كلامه فعليه أرض الموضحة مع الدية) قالوا : هنا قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله ، وعن أبي يوسف رحمه الله أن الشجة تدخل في دية السمع والكلام ، ولا تدخل في دية البصر ، وجه الأول أن كلامها جناية فيما دون النفس والمنفعة مختصة به فأشبه الأعضاء المختلفة بخلاف العقل لأن منفعته عائدة إلى جميع الأعضاء على ما بينا ، ووجه الثاني : أن السمع والكلام مبطلن فيحتر بالهقل ، والبصر ظاهر فلا يباحق به :

قال (وفي الجامع الصغير ومن شج رجلا موضحة فلذهب عيناه فلا قصاص في ذلك) عند أبي حنيفة رحمه الله ، قالوا وينبغي أن تجب الدية فيها (وقالوا : في الموضحة القصاص) قالوا وينبغي أن تجب الدية في العينين .

قال (وإن قطع أصبع رجل من المفصل الأعلى فشل ما بقى من الأصبع أو اليد كلها لا قصاص عليه في شيء من ذلك) وينبغي أن تجب الدية في المفصل الأعلى وفيما بقى حكومة عدل (وكذلك لو كسر بعض سن رجل فاسود ما بقى) ولم يحك خلافاً وينبغي أن تجب الدية في السن كله (ولو قال : أقطع المفصل وأترك ما ييس أو اكسر القدر المكسور وأترك الباقي لم يكن له ذلك) لأن الفعل في نفسه موقوف موجباً للقتل فصار كما لو شج مطلقاً فقال أشجه موضحة وأترك الزيادة ، لها في الخلافة أن الفعل في عينين فيكون

جنايتين متباينين ، فالشبه في إحدهما لا تمتد إلى الأخرى ، كمن رى إلى رجل عبدا ، فأصابه ونفذ منه إلى غيره قتله يجب القود في الأول والدية في الثاني وله أن الجرامة الأولى سارية ، والجزياء بالمثل وليس في وسعه السارى ، فيجب المال ، ولأن الفعل واحد حقيقة وهو الحركة القائمة ، وكلنا الفعل متحد من وجه لاتصال أحدهما بالآخر فأورثت نهاية شبه الخطأ في البداية ، بخلاف للنفسين لأن أحدهما ليس من سراية صاحبه ، وبخلاف ما إذا وقع السكين على الأصبع لأنه ليس فعلا مقصودا .

قال (وإن قطع أصبغا فشلت إلى جنبها أخرى فلا قصاص في شيء من ذلك) عند أبي حنيفة رحمه الله ، وقالوا هما وزفر والحسن رحمهم الله : يقتص من الأولى وفي الثانية أرشها ، والوجه من الجانبين قد ذكرناه ، وروى ابن سماعة عن محمد في المسئلة الأولى ، وهو ما إذا شج موضحة فذهب بصره أنه يجب القصاص فيها لأن الحاصل بالسراية مباشرة كما في النفس ، والبصر يجرى فيه القصاص بخلاف الخلفاء الأخيرة ، لأن النشل لا قصاص فيه فصار الأصل عند محمد رحمه الله على هذه الرواية أن سراية ما يجب فيه القصاص إلى ما يمكن فيه القصاص يوجب الاقتصاص ، كما لو آلت إلى النفس رقد وقع الأول ظلما ، ووجه المشهور أن ذهاب البصر بطريق التسيب ألا يرى أن الشجة بقيت موجبة في نفسها ولا قود في التسيب ، بخلاف السراية إلى النفس لأنه لا نيت الأولى فانتقلت الثانية مباشرة .

قال (ولو كسر بعض السن فسقط فلا قصاص) إلا على رواية ابن سماعة رحمه الله (ولو أوضحه موضعين فمات كلاهما فهو على الروايتين) هاتين .

قال (ولو قلع سن رجل فنبئت مكانها أخرى سقط الأرض في قول أبي حنيفة رحمه الله ، وقالوا : عليه الأرض كاملا) لأن الجنابة قد تحققت وللحادث نعمة مبتدأة من الله تعالى ، وله أن الجنابة اتحدت معنى فصار كما إذا قلع سن صبى فنبئت لا يجب الأرض بالإجماع لأنه لم يمت عليه مفعة ولا زينة (وعن أبي يوسف رحمه الله أنه يجب حكومة حبل) لمكان الألم الحاصل (ولو قلع سن غيره فردها صاحبها في مكانها ونبت عليه اللحم ظل القاع الأرض بكاله) لأن هذا مما لا يعتد به إذ العروق لا تعود (وكلنا إذا قطع أذنه فأنصقها فالتحمت) لأنها لا تعود إلى ما كانت عليه (ومن زرع سن رجل فأنزع المزومة منه سن التزوع فنبئت سن الأول ، فعل الأول لصاحبه حسنة درهم) لأنه تبين أنه

استوفى بغير حق لأن الموجب فساد المثبت ولم يفسد حيث ثبت مكانها أعزى فاندمت الجناية ، ولهذا يستأنى حولا بالإجماع ، وكان ينبغي أن ينتظر اليأس في ذلك للقصاص إلا أن في اعتبار ذلك توضيح الحقوق فاعتدنا بالحول لأنه ثبت فيه ظاهرا فإذا مضى الحول ولم تثبت قضينا بالقصاص ، وإذا ثبت تبين أننا أخطأنا فيه والاستيفاء كان بغير حق إلا أنه لا يجب القصاص للشبهة فيجب المال .

قال (ولو ضرب إنسان سن إنسان فتحركت يستأنى حولا) ليظهر أثر فعله (فلو أجهله القاضي سنة ثم جاء المضروب وقد سقطت سنه فاختلغا قبل السنة فيما سقط بضربه فالقول للمضروب) ليكون التأجيل مفيدا ، وهذا بخلاف ما إذا شجه موضحة فجاء وقد صارت منقطة فاختلغا حيث يكون القول قول الضارب لأن الموضحة لا تورث المقتلة أما التحريك فيؤثر في السقوط فافترقا (وإن اختلفا في ذلك بعد السنة فالقول للضارب) لأنه ينكر أثر فعله وقد مضى الأجل الذي وقته القاضي لظهور الأثر فكان القول للمنكر (ولو لم تسقط لأشياء على الضارب) وعن أبي يوسف : أنه تجب حكومة الأثم وسنتين الوجهين بعد هذا إن شاء الله تعالى (ولو لم تسقط ولكنها اسودت يجب الأرض في الخطأ على العاقلة وفي العمد في ماله ولا يجب القصاص) لأنه لا يمكنه أن يضربه ضربا تسود منه (وكنا إذا كسر بعضه واسود الباقي) لا نقصاص لما ذكرنا (وكلنا لو أحر أو انخضر) ولو أصفر فيه روايتان :

قال (ومن شج رجلا فالتحمت ولم يبق لها أثر ونبت الشعر سقط الأرض) عند أبي حنيفة رحمه الله لزوال الشين الموجب ، وقال أبو يوسف رحمه الله : يجب عليه أرض الأثم وهو حكومة عدل لأن الشين إن زال فالأثم الحاصل مازال فيجب تقويمه ، وقال محمد : عليه أجرة الطبيب لأنه إنما لزمه أجرة الطبيب ومن الدواء بفعله فصار كأنه أخذ ذلك من ماله إلا أن أبا حنيفة رحمه الله يقول : إن المنافع على أصلنا لا نتقوم إلا بعقد أو بشبهة ولم يوجد في حق الجاني فلا يفرم شيئا ،

قال (ومن ضرب رجلا مائة سوط فجرحه جرحا فبرأ منها فعليه أرض الضرب) معناه إذا بقي أثر الضرب فأما إذا لم يبق أثره فهو على اختلاف قد مضى في الشجة الملتحمة .

قال (ومن قطع يد رجل خطأ ثم قتله خطأ قبل البرء فعليه الدية وسقط أرض اليد)

لأن الجنابة من جنس واحد والموجب واحد وهو الغيبة وأنها بدل النفس بجميع أجزائها فدخل الطرف في النفس كأنه قتله ابتداء .

قال (ومن جرح رجلا جراحة لم يقتص منه حتى يبرأ) وقال الشافعي رحمه الله : يقتص منه في الحال اعتبارا بالقصاص في النفس وهذا لأن الموجب قد تحقق فلا يعطل . ولنا قوله عليه الصلاة والسلام : يستأنى في الجراحات سنة ، ولأن الجراحات يعتبر فيها ما لها لاحالها لأن حكمها في الحال غير معلوم فلملها تسرى إلى النفس فيظهر أنه قتل وإنما يستقر الأمر بالبرء .

قال (وكل عمد سقط القصاص فيه بشبهة فالدية في مال القتيل ، وكل أرض وجب بالصلح فهو في مال القتيل) لقوله عليه الصلاة والسلام ولا تعقل العواقل عمدا الحديث وهذا عمد غير أن الأول يجب في ثلاث سنين لأنه مال وجب بالقتل ابتداء ، فأشبهه شبه العمد والثاني يجب حالا لأنه مال وجب بالعقد فأشبهه الثمن في البيع .

قال (وإذا قتل الأب ابنه عمدا فالدية في ماله في ثلاث سنين) وقال الشافعي رحمه الله : يجب حالة لأن الأصل أن ما يجب بالإتلاف يجب حالا والتأجيل للتخفيف في الخطأ وهذا عامد فلا يستحقه ولأن المال وجب جبرا لحقه وحقه في نفسه حال فلا يتجر بالموجل ، ولنا أنه مال واجب بالقتل فيكون موجلا كدية الخطأ وشبه العمد ، وهذا لأن القياس بأبي تقوم الآدى بالمال لعلم أتمائل والتقويم ثبت بالشرع ، وقد ورد به موجلا لامعجلا فلا يعدل عنه لاسيما إلى زيادة ولما لم يجز التغليظ باعتبار العمدية قدرا لا يجوز وصفا (وكل جنابة اعترف بها الجناني فهي في ماله ولا يصدق على عاقلته) لما روينا ولأن الإقرار لا يعتد بالمتر لقصور ولايته عن غيره فلا يظهر في حق العاقلة .

قال (وعمد الصبي والمجنون خطأ وفيه الدية على العاقلة وكذلك كل جنابة موجبا خمسمائة فصاعدا والمتوه كالمجنون) وقال الشافعي رحمه الله : عمده عمد حتى يجب الدية في ماله حالة ، لأنه عمد حقيقة إذ العمد هو القصد غير أنه تخلف عنه أحد حكمه وهو القصاص ، فينسحب عليه حكمه الآخر وهو الوجوب في ماله ، ولهذا يجب الكفارة به ويحرم من الميراث على أصله لأشبهتهما بتعلقان بالقتل . ولنا ما روى عن علي رضي الله عنه أنه جعل عقل المجنون على عاقلته ، وقال عمده وخطؤه سواء ولأنه الصبي مظنة المرحمة والعاقل الخطأ لما استحق للتخفيف حتى وجبت الدية على العاقلة فالصبي وهو أعذر أولى بهذا التخفيف .

ولا نسلم تحقق العمدية فإنها تترتب على العلم والعلم بالعقل والمجنون عديم العقل والعصبى قاصر العقل فأنى يتحقق منهما التصدد وصار كالنائم وحرمان الميراث عقوبة وهما ليسا من أهل العقوبة والكفارة كاسمها ستارة ولا ذنب تستره لأيهما مرفوعا القلم والله أعلم .

فصل فى الجنين

قال (وإذا ضرب بطن امرأة فألقت جنينا ميتاً ففيه غرة وهى نصف عشر الدية) قال رضى الله عنه : معناه دية الرجل وهذا فى الذكر وفى الأنثى عشر دية المرأة وكل منهما خمسمائة درهم والقياس أن لا يجب شئ ، لأنه لم يتيقن بحياته ، والظاهر لا يصلح حجة للاستحقاق ، وجه الاستحسان : ما روى أن النبي عليه الصلاة والسلام قال « فى الجنين غرة عبد أو أمة قيمته خمسمائة » ويروى أو خمسمائة فتركنا القياس بالأثر وهو حجة على مع قدرها بستمائة نحو مالك والشافعى (وهى سلى العاقلة) عندنا إذا كانت خمسمائة درهم ، وقال مالك فى ماله لأنه يدل الجزء . ولنا أنه عليه الصلاة والسلام قضى بالغرة على العاقلة ولأنه يدل النفس ولهذا سماه عليه الصلاة والسلام دية حيث قال : « دوه وقالوا أئدى من لأصاح ولا استهل » الحديث إلا أن العواقل لاتعقل مادون خمسمائة (وتجب فى سنة) وقال الشافى رحمه الله : فى ثلاث سنين لأنه يدل النفس ولهذا يكون موروثاً بين ورثته . ولنا ما روى عن محمد بن الحسن رحمه الله أنه قال : بلغنا أن رسول الله عليه الصلاة والسلام جعله على العاقلة فى سنة ولأنه إن كان يدل النفس من حيث إنه نفس على حدة فهو يدل العضو من حيث الاتصال بالأم فعضلنا بالشبه الأول فى حق التوريث ، وبالثانى فى حق التأجيل إلى سنة لأن يدل العضو إذا كان ثلث الدية أو أقل أكثر من نصف العشر يجب فى سنة بخلاف أجزاء الدية لأن كل جزء منها على من وجب يجب فى ثلاث سنين (ويستوى فيه للذكر والأنثى) لإطلاق ما رويناه ولأن فى الحيين ، إنما تظهر التفاوتات فتفاوتت معانى الآدمية ، ولاتفاوتت فى الجنين فيقدر بمقدار واحد وهو خمسمائة (فإن ألقته حياً ثم مات ففيه دية كاملة) لأنه ألق حياً بالضرب السابق (وإن ألقته ميتاً ثم ماتت الأم فعليه دية بقتل الأم وغرة بإلقائها) وقد صرح أنه عليه الصلاة والسلام قضى فى هذا بالدية والغرة (وإن ماتت الأم من الضربة ثم خرج الجنين بعد ذلك حياً ثم مات فعليه دية فى الأمودية فى الجنين) لأنه قاتل شخصين (وإن ماتت ثم ألق ميتاً فعليه دية فى الأم ولأنه فى الجنين) وقال الشافى رحمه الله :

يجب الغرة في الجنين لأن الظاهر موته بالضرب فصار كما إذا ألقته ميتاً وهي حية . ولنا أن موت الأم أحد سببي موته لأنه ينجتي بجوتها إذ تنقسه بنفسها فلا يجب الضمان بالشك . قال (وما يجب في الجنين موروث عنه) لأنه بدل نفسه فيرثه ورثته (ولا يرثه الضارب حتى لو ضرب بطن امرأته فألقت ابنه ميتاً فعل حائلة الأب غرة ولا يرث منها) لأنه قاتل بغير حق مباشرة ولا ميراث لقاتل .

قال (وبى جنين الأمة إذا كان ذكراً نصف عشر قيمته لو كان حياً وعشر قيمته لو كان أنثى) وقال الشافعي رحمه الله فيه عشر قيمة الأم لأنه جزء من وجهه ، وضمان الأجزاء يؤخذ بمقدارها من الأصل . ولنا أنه بدل نفسه لأن ضمان الطرف لا يجب إلا عند ظهور نقصان ولا محتر به في ضمان الجنين فكان بدل نفسه فيقدر بها ، وقال أبو يوسف رحمه الله يجب ضمان النقصان لو انتقصت الأم اعتباراً بجنين البهائم وهذا لأن الضمان في قتل الرقيق ضمان مال عنده على ما تذكر إن شاء الله تعالى ، فصحح الاعتبار على أصله .

قال (فإن ضربت فأعنت المولى ما في بطنها ثم ألقته حياً ثم مات ففيه قيمته حياً ولا يجب الدية وإن مات بعد العتق) لأنه قتله بالضرب السابق وقد كان في حالة الرق فلهذا تجب القيمة دون الدية وتجب قيمته حياً لأنه بالضرب صار قاتلاً إياه وهو حي ، فنظرنا إلى حالتي السبب والتلف ، وقيل هذا عندهما ، وعند محمد رحمه الله تجب قيمته ما بين كونه مضرورياً إلى كونه غير مضرور لأن الاعتناق قاطع للسراية على ما يأتيك بعد إن شاء الله تعالى .

قال (ولا كفارة في الجنين) وعند الشافعي رحمه الله : تجب لأنه نفس من وجهه فعجب الكفارة احتياطاً . ولنا أن الكفارة فيها معنى العقوبة وقد عرفت في النفوس المطلقة فلا تتعداها ولهذا لم يجب كل البذل قالوا إلا أن يشاء ذلك لأنه ارتكب عظيماً فإذا تقرب إلى الله تعالى كان أفضل له ، ويستغفر عما صنع (والجنين الذي قد استبان بعض خلقه بمنزلة الجنين التام في جميع هذه الأحكام) لاطلاق ما روينا ، ولأنه ولد في حق أمومية الولد وانقضاء العدة والنفس وغير ذلك فكذلك في حق هذا الحكم ولأن بهذا القدر يتميز عن العلقه ولأنه فكانت نفساً والله أعلم .

باب ما يحدّث الرجل في الطريق

قال (ومن أخرج إلى الطريق الأعظم كنيفاً أو ميزاباً أو جرحناً أو بني دكاناً فخرجل من عرض الناس أن ينزعه) لأن كل واحد صاحب حقّ بالمرور بنفسه وبدوابه ، فكان له حقّ التقصص كما في الملك المشترك فإن لكل واحد حقّ التقصص لو أحدث غيرهم . فيه شيئاً هكذا في الحق المشترك .

قال (ويسع للذي عمله أن يتنفع به ما لم يضرّ بالمسلمين) لأن له حقّ المرور ولا يضرر فيه فيلحق ما في معناه به إذ المانع متعنت فإذا أضرّ بالمسلمين كره له ذلك لقوله عليه الصلاة والسلام « لا يضرر ولا يضرر في الإسلام » .

قال (وليس لأحد من أهل الدرب الذي ليس بتأفد أن يشرع كنيفاً ولا ميزاباً إلا باذنهم) لأنها مملوكة لهم ، ولهذا وجبت الشفعة لهم على كل حال فلا يجوز التصرف بأمرّ بهم أو لم يضرّ إلا باذنهم وفي الطريق التأفد له التصرف ، إلا إذا أضرّ لأنه يتعذر الوصول إليه إذ النكل فجعل في حق كل واحد كأنه هو المالك وحده حكماً كيلا يتسلط عليه طريق الانتفاع ولا كذلك غير التأفد لأن الوصول إلى إرضائهم ممكن فبقى على الشركة حقيقة وحكماً ، قال (وإذا أضرع في الطريق روضنا أو ميزاباً أو نحروه فسقط على إنسان فغضب فالدية على مائلته) لأنه مسبب لتلفه متعدّ يشغله هواء الطريق وهذا من أسباب الضمان وهو الأصل ، وكذلك إذا سقط شيء مما ذكرنا في أول الباب (وكذلك إذا تعثر بتقصه إنسان أو عطبت به دابة وإن عثر بذلك رجل فوقع على آخر فأتا فالضمان على الذي أحدثه فيهما) لأنه يصبر كالدافع إياه عليه . (وإن سقط الميزاب نظر فإن أصاب ما كان منه في الحائط رجلاً فقتله فلا ضمان عليه) لأنه غير متعدّ فيه لما أنه وضعه في ملكه (وإن أصابه ما كان خارجاً من الحائط فالضمان على الذي وضعه فيه) لكونه متعدّياً فيه ولا ضرورة ، لأنه يمكنه أن يركبه في الحائط ولا كفارة عليه ، ولا يحرم مع الميراث لأنه ليس بقاتل حقيقة .

(ولو أصابه الطرفان جميعاً وعلم ذلك وجب نصف الدية وهدر للنصف كما إذا جرحه سبع وإنسان ولو لم يعلم أيّ طرف أصابه يضمن النصف) اعتباراً للأحوال .
(ولو أضرع جناحاً إلى الطريق ثم باع الباز ، فأصاب الجناح رجلاً فقتله أو وضع

نخشة في الطريق ثم باع الخشية وبرى إليه منها فتركها المشتري حتى عطب بها إنسان فالضمان على البائع) لأن فعله هو الوضع لم يفسخ بزوال ملكه وهو الموجب (ولو وضع في الطريق جراً فأحرق شيئاً بضمته) لأنه متعد فيه .

(ولو حركته الريح إلى موضع آخر ثم أحرق شيئاً لم بضمته) لنسخ الريح فعله .
وقيل إذا كان اليوم ريحاً بضمته لأنه فعله مع علمه بعاقبته ، وقد أفصى إليها فجعل كباشرته .

(ولو استأجر رب الدار العملة لاخراج الجناح أو الظلة فوقع قتل إنساناً قيل أن يفرغوا من العمل فالضمان عليهم) لأن التلف بفعلهم (وما لم يفرغوا لم يكن العمل مسلماً إلى رب الدار) وهذا لأنه انقلب فعلهم قتلاً حتى وجبت عليهم الكفاية والقتل غير داخل في عقده فلم يسلم فعلهم إليه فانقصر عليهم (وإن سقط بعد فراغهم فالضمان على رب الدار استحساناً) لأنه صح الاستئجار حتى استحقوا الأجر ووقع فعلهم عبارة وإصلاحاً فانقل فعلهم إليه فكأنه فعل بنفسه فلماذا بضمته (وكذا إذا صب الماء في الطريق فغلب به إنسان أو دابة وكذا إذا رش الماء أو توضأ) لأنه متعد فيه بالحاق الضرر بالمارة (بخلاف ما إذا فعل ذلك في سكة غير نافذة وهو من أهلها أو قدم أو وضع متاعه) لأن لكل واحد أن يفعل ذلك فيها لكونه من ضرورات السكنى كما في الدار المشتركة قالوا هذا إذا رش ماء كثيراً بحيث يزلق به عادة ، أما إذا رش ماء قليلاً كما هو المعتاد ، والظاهر أنه لا يزلق به عادة لا يضمن .

(ولو تعمد المرور في موضع صب الماء فسقط لا يضمن الراش) لأنه صاحب علة وقيل : هذا إذا رش بعض الطريق لأنه يجد موضعاً يمرور لا أثر للماء فيه فإذا تعمد المرور على موضع صب الماء مع علمه بذلك لم يكن على الراش شيء وإن رش جميع الطريق يضمن لأنه مضطر في المرور ، وكذلك الحكم في الخشية الموضوعة في الطريق في أهلها جميعه أو بعضه .

(ولو رش فناء حائوت بإذن صاحبه فضمان ما عطب على الأمر استحساناً وإذا استأجر أجيراً ليبنى له في فناء حائوته فتعطل به إنسان بعد فراغه من العمل فأت يجب الضمان على الأمر استحساناً ، ولو كان أمره بالبناء في وسط الطريق فالضمان على الأجير) (نشد الأمر قال (ومن حفر بئراً في طريق المسلمين أو وضع حجراً تخلف بذلك إنسان فدينه على

حلقته وإن تلفت به بهيمة فضائها في ماله) لأنه متعدّ فيه فيضمن ما يتولد منه ، غير أن العاقلة تتحمل النفس دون المال فكان ضمان البهيمة في ماله ، وإلقاء التراب واتخاذ الطين في الطريق بمنزلة إلقاء الحجر والخشبة لما ذكرناه ، بخلاف ما إذا كنس الطريق فمطلب موضع كنسه إنسان حيث لم يضمن لأنه ليس بمتعدّ فإنه ما أحدث شيئا فيه إنما قصد دفع الأذى عن الطريق ، حتى لو جمع الكناس في الطريق وتعطل بها إنسان كان ضمانا لتعديده بشغله .

(ولو وضع حجرا فتحاه غيره عن موضعه فمطلب به إنسان فالضمان على الذي نحاه) لأن حكم فعله قد انتسخ لفراغ ما شغله وإنما اشتغل بالفعل الثاني موضع آخر .

(وفي الجامع الصغير في البالوعة يحفرها الرجل في الطريق ، فإن أمره السلطان بذلك أو أجبره عليه لم يضمن) لأنه غير متعدّ حيث فعل ما فعل بأمر من له الولاية في حقوق العامة (وإن كان بغير أمره فهو متعدّ) إما بالتصرف في حق غيره أو بالافتيات على رأى الإمام أو هو مباح مقيد بشرط السلامة ، وكذا الجواب على هذا التخصيل في جميع ما فعل في طريق العامة مما ذكرناه وغيره لأن المعنى لا يختلف (وكذا إن حفره في ملكه لا يضمن) لأنه غير متعدّ (وكذا إذا حفره في فناء داره) لأن له ذلك لمصلحة داره والفناء في تصرفه ، وقيل هذا إذا كان الفناء مملوكا له أو كان له حق الحفر فيه لأنه غير متعدّ ، أما إذا كان لجراحة المسلمين أو مشتركا بأن كان في سكة غير نافذة فإنه يضمنه لأنه مسبب متعدّ وهذا صحيح (ولو حفر في الطريق ومات المواقع فيه جوعا أو غما لأضيان على الحافر) عند أبي حنيفة رحمه الله لأنه مات لمخ في نفسه فلا يضاف إلى الحفر ، والضمان إنما يجب إذا مات من الوقوع : وقال أبو يوسف رحمه الله : إن مات جوعا فكذا ذلك ، وإن مات غما فالخامر ضامن له لأنه لا سبب للغم سوى الوقوع ، أما الجوع فلا يختص بالهتر . وقال محمد : هو ضامن في الوجوه كلها لأنه إنما حدث بسبب الوقوع إذ لولاه لكان الطعام قريبا منه .

قال (وإن استأجر أجرا فحفرها له في غير فئانه فذلك على المستأجر ولا شيء على الأجراء إن لم يعلموا أنها في غير فئانه) لأن الإجارة صحت ظاهرا إذا لم يعلموا فتقلّ فعلهم إليه لأنهم كانوا مغرورين فصار كما إذا أمر آخر ببيع هذه الشاة فذبحها ثم ظهر أن الشاة لغيره إلا أن هناك يضمن المأمور ويرجع على الأمر ، لأن النايح مباشر والأمر مسبب ، والترجيح للمباشرة فيضمن المأمور ، ويرجع المغرور ، وهنا يجب الضمان على المستأجر ابتداء لأن كل واحد منهما مسبب ، والأجير غير متعدّ والمستأجر متعدّ فيرجع جانبه (وإن

علموا ذلك فالضمان على الأجراء) لأنه لم يصح أمره بما ليس بمملوك له ، ولا عرور فيقول
القول مضاعفا إليهم (وإلا قال لهم هذا فتأني . وليس لي فيه حق الخمر فحفره فقات فيه
إنسان فالضمان على الأجراء قيلسا) لأنهم علموا بفساد الأمر فاعزهم (وفي الاستحسان
الضمان على المستأجر) لأن كونه فناء له بمنزلة كونه مملوكا له لا انطلاقا بدمان التصرف فيه
من إلقاء الطين والخطب وربط الذابة والركوب وبناء الدكان فكان الأثر بالخمر في ملكه
ظاهرا بالنظر إلى ما ذكرنا فكأن ذلك لقول القائل إليه .

قال (ومن جعل قنطرة بنير إذن الإمام فتصمد رجل المرور عليها فعطب فلا ضمان
على الذي عمل القنطرة ، وكذلك إن وضع عتبة في الطريق فتصمد رجل المرور عليها) لأن
الأول تصد هو تسيب والثاني تصد هو مباشرة فكانت الإضافة إلى المباشر أولى . ولأن
تخلل فعل فاعل غثار يقطع النسبة كما في الحافر مع الملقى .

قال (ومن حمل شيئا في الطريق فسقط على إنسان فعطب به إنسان فهو ضامن ، وكذا
إذا سقط فقتل به إنسان ، وإن كان رداء قد لبسه فسقط عنه فعطب به إنسان لم يضمن) وهذا
اللفظ يشمل الوجهين : والفرق أن حامل الشيء قاصد حفظه ، فلا حرج في التقييد
بوصف السلامة ، واللباس لا يقصد حفظ ما يلبسه فيخرج بالتقييد بما ذكرناه فجعلناه
مباحا مطلقا . وعن محمد رحمه الله أنه إذا لبس ما لا يلبسه عادة فهو كالحمل لأن الحاجة
لأنه هو إلى لبسه .

قال (وإذا كان المسجد للعشيرة فلعن رجل منهم فيقتديلا أو جعل فيه بوارى أو حصاة
فعطب به رجل لم يضمن ، وإن كان الذي فعل ذلك من غير العشيرة ضمن) قالوا هذا
عند أبي حنيفة رحمه الله : وقالا : لا يضمن في الوجهين جميعا ، لأن هذه من القرب وكل
أحد مأذون في إقليمها فلا يقتيد بشرط السلامة كما إذا فعله بإذن واحد من أهل المسجد ،
ولأبي حنيفة رحمه الله وهو الفرق أن التدبير فيما يتعلق بالمسجد لأهله دون غيرهم كنصب
الإمام ، واختيار المتولى وفتح باب وإغلاقه وتكرار الجعاعة إذا سبقهم بها غير أهله فكان
ضلعهم مباحا مطلقا غير مقيد بشرط السلامة ، وفعل غيرهم تعديا أو مباحا مقيدا بشرط
السلامة ، وتصمد القربة لا يتأني في الغرامة إذا أخطأ الطريق كما إذا نفرد بالشهادة على الزن
والطريق فيها نحن فيه الاستئذان من أهله .

قال (وإن جلس فيه رجل منهم فعطب به رجل لم يضمن إن كان في الصلاة وإن

كان في غير الصلاة ضمن) وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله : وقالوا : لا يضمن على كل حال ، ولو كان جالسا لقراءة القرآن أو للتعليم أو للصلاة أو نام فيه في أثناء الصلاة أو نام في غير الصلاة أو مر فيه ماراً أو قعد فيه لحديث فهو على هذا الاختلاف .

وأما المتكف فقد قيل على هذا الاختلاف ، وقيل لا يضمن بالاتفاق . لهما أن المسجد إنما بني للصلاة والذكر ولا يمكنه أداء الصلاة بالجماعة إلا بانتظارها فكان الجلوس فيه مباحا لأنه من ضرورات الصلاة أو لأن المنتظر للصلاة في الصلاة حكما بالحديث ، فلا يضمن كما إذا كان في الصلاة : وله أن المسجد إنما بني للصلاة ، وهذه الأشياء ملحقة بها فلا بد من إظهار التفاوت فجعلنا الجلوس للأصل مباحا مطلقا والجلوس لما يلحق به مباحا مقيدا بشرط السلامة ، ولا غرو أن يكون الفعل مباحا أو مندوبا إليه ، وهو مقيد بشرط السلامة كالرمي إلى الكافر أو إلى الصيد ، والمشى في الطريق والمشى في المسجد إذا وطئ غيره والنوم فيه إذا انقلب على غيره .

(وإن جلس رجل من غير العشرة فيه للصلاة فتعقل به إنسان يبنى أن لا يضمن) لأن المسجد بني للصلاة وأمر الصلاة بالجماعة إن كان مفوضا إلى أهل المسجد فلكل واحد من المسلمين أن يصلي فيه وحده ، والله سبحانه وتعالى أعلم .

فصل في الحائض المائل

قال (وإذا مال الحائض إلى طريق المسلمين فطوب صاحبها - ينقضه وأشهد عليه فلم ينقضه في مدة يقدر على نمصه حتى سقط ضمن مائل به من نفس أو مال) والقياس أن لا يضمن لأنه لا صنع منه مباشرة ، ولا مباشرة شرط هو متعمد فيه ، لأن أصل البناء كان في ملكه والميلان وشغل الهواء ليس من فعله فصار كما قبل الإشهاد ، وجه الاستحسان أن الحائضا مال إلى الطريق فقد اشتغل هواء طريق المسلمين بملكه ورفع في يده فإذا تقدم إليه وطوب بغيره يجب عليه ، فإذا امتنع صار مصدرا بمنزلة مالو وقع ثوب إنسان في حجره يصير متعبدا بالامتناع عن التسليم إذا طوب به كذا هذا ، بخلاف ما قبل الإشهاد لأنه بمنزلة هلاك الثوب قبل الطلب ، ولأن لو لم نوجب عليه الضمان يمتنع عن التبرع ، فينقطع المارة حذرا على أنفسهم فيضربون به ودفع الضرر العام من الواجب ، وله تعلق بالحائض فيتعين لدفع هذا الضرر ، وكل من ضرر شخص يتحمل لدفع العام منه ، ثم فيما تلف به من النفوس يجب الدية وتحملها العاقلة لأنه في كونه جناية دون الخطأ ، فيستحق فيه التخفيف

بالتقديم الأول ، كيلا يؤدي إلى استقصاله والإجفاف به ، وما تلف به من الأموال كالمسبوق والمفروض يجب ضمانها في ماله ، لأن التواكل لا تنقل المال ، والشرط التقدم إليه ، وطلب النقض منه دون الإشهاد ، وإنما ذكر الإشهاد ليتمكن من إثباته عند إنكاره ، فكان من باب الاحتياط : وصورة الإشهاد : أن يقول الرجل اشهدوا إنني قد تقدمت إلى هذا الرجل في عدم حاله هذا ، ولا يصح الإشهاد قبل أن يبيى الحائط لاندحام الحصى .

قال (ولو بني الحائط مثلاً في الابتداء قالوا يضمن ما تلف بسقوطه من غير إشهاد) لأن البناء تمدد ابتداء كما في إشراع الجناح .

قال (وتقبل شهادة رجلين أو رجل وامرأتين على التقدم) لأن هذه ليست بشهادة على القتل وشرط الترك في مدة يقدر على نقضه فيها لأنه لا بد من إمكان النقض ليصير بتركه جانياً ، ويستوى أن يطلبه بتقصه مسلم أو قبي ، لأن الناس كلهم شركاء في المرور ، فيصح التقدم إليه من كل واحد منهم ، وجلا كان وامرأة ، حراكا أو مكاتبا ، ويصح التقدم إليه عند السلطان وغيره ، لأنه مطلوبة بالتفريع فينفرد بكل صاحب حق به .

قال (وإن مال إلى دار رجل فالمطالبة إلى مالك الدار خاصة) لأن الحق له على الخصوص ، وإن كان فيها سكان لم أن يطالبوه لأن لهم المطالبة بإزالة ما شغل الدار ، فكذلك إزالة ما شغل حوائرها ، ولو أجلسه صاحب الدار أو أبرأه منها أو فعل ذلك ما كوتها فذلك جائز ولا ضمان عليه فيها تلف بالحائط لأن الحق لهم ، بخلاف ما إذا مال إلى الطريق فحمله الناس أو بين أشهد عليه حيث لا يصح لأن الحق لجاعة المسلمين وليس إليهما إبطال حقهم ، ولو باع الدار بعد ما أشهد عليه وقبضها المشتري برئ من ضمانه ، لأن الجناية بتركه المدم مع تحمكه ، وقد زال تحمكه بالبيع ، بخلاف إشراع الجناح لأنه كان جانيا بالوضع ولم يتسرخ بالبيع فلا يبرأ على ما ذكرنا ، ولا ضمان على المشتري لأنه لم يشهد عليه ، ولو أشهد عليه بعد شرائه فهو ضامن لتركه التفريع مع تحمكه بعد ما طوبى به : والأصل أنه يصح التقدم إلى كل من يتمكن من نقض الحائط وتفريع الهواء ، ومن لا يتمكن منه لا يصح التقدم إليه كالمرتبة والمستاجر والمودع وساكن الدار ، ويصح التقدم إلى الرامن لقنوته حل ذلك بواسطة الضكاك ، وإلى الوصى وإلى أب اليتيم أو أمه في حائط الحصى بقيام الولاية ، وذكر الأم في الزيادات والضمان في مال اليتيم لأن فعل هؤلاء

كفعله ، وإلى المكاتب لأن الولاية له ، وإلى العيد للتاجر سواء كان عليه دين أو لم يكن ، لأن ولاية التقض له ، ثم التالف بالسقوط إن كان مالا فهو في حق العبد ، وإن كان نقدا فهو على عاقلة المولى ، لأن الإشهاد من وجه على المولى وضمان المال أليق بالعبد وضمان النفس بالمولى ، ويصح التقدم إلى أحد الورثة في نصيبه ، وإن كان لا يسكن من تقض الحائط وحده تشكته من إصلاح نصيبه بطريقه وهو المرافعة إلى القاضي (ولو سقط الحائط المائل على إنسان بعد الإشهاد فقتله فتمش بالقتيل غيره فعطب لا يضمنه) لأن التفريع عنه إلى الأوليه لا إليه .

قال (وإن عطب بالتقض ضمه) لأن التفريع إليه إذ التقض ملكه والإشهاد على الحائط إشهاد على التقض لأن المقصود امتناع الشغل :
قال (ولو عطب بحجرة كانت على الحائط فسقطت بسقوطه وهي ملكه ضمه) لأن التفريع إليه (وإن كان ملك غيره لا يضمنه) لأن التفريع إلى مالكها .

قال (وإذا كان الحائط بين خمسة رجال أشهد على أحدهم قتل إنسانا ضمن خمس الدية ويكون ذلك على عاقلة ، وإن كانت دار بين ثلاثة نفر فضر أحدهم فيها برة والحفر كان بغير رضا الشريكين الآخرين أو بنى حائطا فعطب به إنسان فعليه ثلاثة ألقية على عاقلة ، وهما عند أبي حنيفة رحمه الله ، وقالوا : عليه نصف الدية على عاقلة في الفصلين) لما أن التلف بنصيب من أشهد عليه معتبر وينصب من لم يشهد عليه غير فكأننا قسمين فانقسم نصفين كما مر في حقر الأسد ونهش الحية وجرح الرجل . وله أن الموت حصل بعله واحدة ، وهو الثقل المقدر والموت المقدر لأن أصل ذلك ليس بعله وهو القليل حتى يعتبر كل جزء علة فتجتمع العلة ، وإذا كان كذلك يضاف إلى العلة الواحدة ، ثم تقسم على أربابها بقدر الملك بخلاف الجراحات فإن كل جراحة علة لطلب بنفسها صفت أو كبرت على ما عرف ، إلا أن عند المراجعة أضيف إلى الكل لعدم الأولوية والله أعلم .

باب جنابة البيعة والجنابة عليها

قال (الراكب ضامن لما أو طالت الدابة ما أصابت يدها أو رجلها أو رأسها أو كلمت أو غبطت ه وكذا إذا صلمت ولا يضمن ما نطقت برجلها أو ذنبها) والأصل أن المروءة في طريق المسلمين مباح بمقيد بشرط السلامة ، لأنه يصرف في أصله من وجه ، وفي حق

غيره من وجه لكونه مشتركاً بين كل الناس ، فقلنا بالإباحة مقيداً بما ذكرنا ليعتدل
الخطر مع الجانبين ، ثم إننا يتقيد بشرط السلامة فيها يمكن الاحتراز عنه ولا يتقيد بها فيها
لا يمكن التحرز عنه لما فيه من المنع عن التصرف وسدّ بابيه وهو مفتوح والاحتراز عن
الإبطاء وما يضاهيه ممكن فإنه ليس من ضرورات التسيير فقيدها بشرط السلامة عنه
والنقطة بالرجل والذنب ليس يمكنه الاحتراز عنه مع السير على الدابة فلم يتقيد به .

قال (فإن أوقفها في الطريق ضمن النقطة أيضاً) لأنه يمكن التحرز عن الإيقاف وإن
لم يمكنه من النقطة فصار متعدداً في الإيقاف وشغل الطريق به فيضمنه :

قال (وإن أصابت يدها أو رجلها حصاة أو نواة أو أثارت غباراً أو حجراً صغيراً
ضيقاً حين إنسان أو أسد ثوبه لم يضمن ، وإن كان حجراً كبيراً ضمن) لأنه في الوجه
الأول لا يمكن التحرز عنه إذ سير الدواب لا يعرى عنه ، وفي الثاني يمكن لأنه ينفك
عن السير عادة وإنما ذلك بتعنيف الراكب ، والمرتد في ذكرنا كالراكب لأن المعنى
لا يختلف .

قال (فإن رأت أو باليت في الطريق وهي تسير فعطب به إنسان لم يضمن) لأنه من
ضرورات السير فلا يمكنه الاحتراز عنه .

قال (وكذا إذا أوقفها لذلك) لأن من الدواب ما لا يفعل ذلك إلا بالإيقاف ، وإن
أوقفها لغير ذلك فعطب إنسان بروتها أو بوطها ضمن لأنه متعدّد في هذا الإيقاف لأنه
ليس من ضرورات السير ، ثم هو أكثر ضرراً بالملازمة من السير لما أنه أدوم منه فلا
يلحق به .

قال (والسائق ضامن لما أصابت يدها أو رجلها ، والقائد ضامن لما أصابت يدها دون
رجلها) والمراد النقطة . قال رضى الله عنه : هكذا ذكره القنوري رحمه الله في مختصره ،
وإليه مال بعض المشايخ رحمهم الله : ووجهه أن النقطة بمرأى عين السائق فيمكنه
الاحتراز عنه وغائب عن بصر القائد فلا يمكنه التحرز عنه . وقال أكثر المشايخ : إن
السائق لا يضمن النقطة أيضاً وإن كان براها ، إذ ليس على رجلها ما يمنعها به ، فلا يمكنه
التحرز عنه ، بخلاف الكدم لإمكانه كبجها بلجامها ، وبهذا ينطق أكثر النسخ وهو
الأصح : وقال الشافعي رحمه الله : يضمنون النقطة كلهم لأن فعلها مضاف إليهم والحجة

عليه ما ذكرنا . وقوله عليه الصلاة والسلام : الرجل جبار ، ومعناه النخعة بالرجل وانتقال الفعل بتخويف القتل كما في المكره ، وهذا تخويف بالضرب .

قال (وفي الجامع الصغير وكل شيء ضمنه الراكب ضمنه السائق والقائد) لأنهما مسببان بمباشرتهما شرط للتلغ وهو تقرب الدابة إلى مكان الجنابة فيتقيد بشرط السلامة فيها يمكن الاحتراز منه كالراكب .

قال (إلا أن على الراكب الكفارة) فيما أوطأته الدابة بيدها أو برجلها قال (ولا كفارة عليهما) ولا على الراكب فيما وراء الإبطاء لأن الراكب مباشر فيه ، لأن التلغ يتقيد ونقل الدابة تبع له لأن سير الدابة مضاف إليه وهي آلة له وهما مسببان لأنه لا يتصل منهما إلى المحل شيء ، وكذا الراكب في غير الإبطاء والكفارة حكم المباشرة لا حكم التسبب ، وكذا يتعلق بالإبطاء في حق الراكب حرمان الميراث والوصية دون السائق والقائد لأنه يختص بالمباشرة .

قال (ولو كان راجب وسائق ، قبل لا يضمن السائق ما أوطأت الدابة) لأن الراكب مباشر فيه لما ذكرناه والسائق سبب والإضافة إلى المباشر أولى ، وقيل الضمان عليهما لأن كل ذلك سبب الضمان .

قال (وإذا اصطدم فارسان فأتا فعل عاقلة كل واحد منهما دية الآخر) وقال زفر والشافعي رحمهما الله : يجب على عاقلة كل واحد منهما نصف دية الآخر ، لما روى ذلك عن علي رضي الله عنه ولأن كل واحد منهما مات بفعله وفعل صاحبه لأنه بصدمته ألم نفسه وصاحبه ، فيلزم نصفه ويعتبر نصفه كما إذا كان الاصطدام عمداً أو جرح كل واحد منهما نفسه وصاحبه بجراحة أو حفر أو حلقى قارة الطريق بئراً فأنهار عليهما يجب على كل واحد منهما النصف ، فكذا هذا . ولنا أن الموت يضاف إلى فعل صاحبه ، لأن فعله في نفسه مباح وهو المشي في الطريق ، فلا يصلح مستنداً للإضافة في حق الضمان كالمشي إذا لم يعلم بالخطر ووقع فيها لا يهتر شيء من دمه وفعل صاحبه وإن كان مباحاً لكن الفعل المباح في غيره سبب للضمان كالنائم إذا انقلب على غيره ، وروى عن علي رضي الله عنه : أنه أوجب على كل واحد منهما كل الدية فصاوت روايته فرجعنا بما ذكرنا ، وفيما ذكر من المسائل القملان معظوران فوضح الفرق ، هذا الذي ذكرنا إذا كانا حرين في الصمد والخطأ ، ولو كانا عديدين يهتر الدم في الخطأ لأن الجنابة تعلقت برقبته دفعا وفداء

وقد كانت لا إلى خلف من غير فعل المولى فهذه ضرورة ، وكذا في العمد لأن كل واحد منهما ماله بعد مجئى ولم يخلف بدلاً ، ولو كان أحدهما حراً والآخر عبداً ، ففي الخطأ تجب على عاقلة الحر المقتول قيمة العبد فيأخذها ورثة المقتول الحر ، ويبطل حق الحر المقتول في الدية فيما زاد على القيمة لأن أصل أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله تجب القيمة على العاقلة ، لأنه ضمان الأدنى فقد أخلف بدلاً بهذا القدر فيأخذ ورثة الحر المقتول ، ويبطل ما زاد عليه لعدم الخلف ، وفي العمد يجب على عاقلة الحر نصف قيمة العبد لأن المضمون هو النصف في العمد ، وهذا القدر يأخذ ورثة المقتول وما على العبد في رقبته وهو نصف دية الحر يسقط بموته إلا قدر ما أخلف من البدن وهو نصف القيمة .

قال (ومع ساق دابة فوق السرج على رجل فقتله ضمن ، وكذا على هذا سائر أدوات كالجام ومحو ، وكذا ما يحمل عليها) لأنه متعد في هذا التسبب لأن الوقوع بتقصير منه وهو ترك الشد أو الإحكام فيه ، بخلاف الرداء لأنه لا يشد في العادة ولأنه قاصد لحفظ هذه الأشياء كما في المحمول على عاتقه دون اللباس على مامر من قبل فيقيد بشرط السلامة .

قال (ومن قاد قطارا فهو ضامن لما أوطأ ، فإن وطئ بعير إنسانا ضمن به القائد والدية على العاقلة) لأن القائد عليه حفظ القطار كالسائق وقد أمكنه ذلك وقد صار متعديا بالتقصير فيه والتسبب بوصف التمضى سبب للضمان إلا أن ضمان النفس على العاقلة فيه وضمان لمال في ماله (وإن كان معه سائق فالضمان عليهما) لأن قائد الواحد قائد للكل وكذا سائقه لاتصال الأزمة ، وهذا إذا كان السائق في جانب من الإبل :

أما إذا كان توسطها وأخذ بزمام واحد يضغط ما عطف بما هو خلفه ويضمنان ما تلف بما بين يديه لأن القائد لا يقود ما عطف السائق لانقضاء الزمان والسائق يسوق ما يكون قدومه .

قال (وإن ربط رجل بعيرا إلى القطار والقائد لا يعلم فوطئ المربوط إنسانا فقتله ضمن عاقلة القائد الدية) لأنه يمكنه صيانة القطار عن ربط غيره ، فإذا ترك الصيانة صار متعديا وفي التسبب الدية على العاقلة كما في القتل الخطأ (ثم يرجعون بها على عاقلة الرباط) لأنه هو الذي أوقعهم في هذه المهلة ، وإنما لا يجب الضمان عليهما في الابتداء وكل منهما صعب لأن الربط من القود بمنزلة التسبب من المباشرة لاتصال التلف بالقود دون الربط .

قالوا هذا إذا ربط والقطار يسير لأنه أمر بالقوة دالة ، فإذا لم يعلم به لا يمكنه الاحتفظ من ذلك فيكون قرار الضمان على الرابط .

أما إذا ربط والإبل كليم ثم قادها ضمنها القائل لأنه قاد بعير غيره بعير إذنه لا صريح ولا دالة فلا يرجع بما لحقه عليه .

قال (ومن أرسل بهيمة وكان لها سابقا فأصاب في فورها يضمته) لأن الفعل انقل إليه بواسطة السوق .

قال (ولو أرسل طيرا أو سائمة فأصاب في فورها لم يضم) والفرق أن بدن البهيمة يحتل السوق فاعتبر سوقه ، والطير لا يحتل السوق فصار وجود السوق وعدمه بمنزلة ، وكذا لو أرسل كلبا ولم يكن له سابقا لم يضم ، ولو أرسله إلى صيد ولم يكن له سابقا فأخذ الصيد وقتله حل . ووجه الفرق أن البهيمة مختارة في فعلها ، ولا تصلح ناقة هي المرسل فلا يضاف فعلها إلى غيرها هذا هو الحقيقة إلا أن الحاجة مست في الاصطلاح فأضيف إلى المرسل لأن الاصطلاح مشروع ولا طريق له سواء ، ولا حاجة في حق ضمان المدون : وروى عن أبي يوسف رحمه الله أنه أوجب الضمان في هذا كله لحياطة صيغة لأموال الناس .

قال رضى الله عنه : وذكر في الميسر إذا أرسل دابة في طريق المسلمين فأصاب في فورها فالمرسل ضامن ، لأن سيرها مضاف إليه ما دامت تسير على سننها ، ولو انطلقت بحة أو يسرة انقطع حكم الإرسال إلا إذا لم يكن له طريق آخر سواء ، وكلها إذا وقعت ثم سارت ، بخلاف ما إذا وقعت بعد الإرسال في الاصطلاح ثم سارت فأعادت الصيد ، لأن تلك الواقعة تحقق مقصود المرسل لأنه تمكنه من الصيد وهذه تفارق مقصود المرسل وهو السير فيقطع حكم الإرسال ، وبخلاف ما إذا أرسله إلى صيد فأصاب نفسا أو مالا في فورها لا يضمته من أرسله ، وفي الإرسال في الطريق يضمته لأن شغل الطريق تمت فيضمن ما توله منه : أما الإرسال للاصطلاح فباح ، ولا تسيب إلا بوصف التمسك .

قال (ولو أرسل بهيمة فأفسدت زرعها حل فورها ضمن المرسل ، وإن مالت يميناً أو شمالاً وله طريق آخر لا يضم) ، ولو انفلتت الدابة فأصاب مالا أو آدمياً ليلاً أو نهاراً لأضمان على صاحبه لقوله عليه الصلاة والسلام وجرح العجاء جبار ، وقال محمد رحمه الله : هي المخلقة ولأن الفعل غير مضاف إليه ليعلم ما يوجب التمسك إليه من الإرسال وأحواله . قال (شاة نقصاب فقتت عينا قنينا ما نقصها) لأن المقصود منها هو اللحم ، فلا يصير

الإقصان (وفي عين بقرة الجزار وجزوره ربع القيمة وكذا في عين الخمار والبخل والفرس) وقيل الشافعي رحمه الله : فيه التقصان أيضا اعتبارا بالشاة : ولنا ما روى أنه عليه الصلاة والسلام قضى في عين الدابة بربع القيمة ، وهكذا قضى عمر رضي الله عنه ، ولأن فيها مقاصد سوى اللحم كالحمل والركوب والزينة والجمال والعمل فمن هذا الوجه تشبه الآدمي ، وقد تحسك للأكل فمن هذا الوجه تشبه المأكولات فعملنا بالشبهين يشبه الآدمي في إيجاب **الربع** والله الآخر في نفي النصف ولأنه إنما يمكن إقامة العمل بها بأربعة أعين حينها وعينا المستعمل فكانها ذات أمين أربعة فيجب الربع بغوات إحداها .

قال (ومن سار على دابة في الطريق فضر بها رجل أو نخسها فضحت رجلا أو ضربته يديها أو نفرت فصلمته فقتله كان ذلك على الناحس دون الراكب) هو المروى عن عمر وابن مسعود رضي الله عنهما ، ولأن الراكب والمركب مدفوحان بدفع الناحس فأضيف فعل الدابة إليه كأنه فعله بيده ، ولأن الناحس مصدق في تسييه والراكب في فعله غير متعد فخرج جانب في التزجيم للحمدي حتى لو كان واقفا دابته على الطريق يكون الضمان على الراكب والناحس نصفين لأنه متعد في الإيقاف أيضا .

قال (وإن نحت الناحس كان دمه هدرا) لأنه بمنزلة الجاني على نفسه (وإن أقت الراكب فقتله كان دمه على عاقلة الناحس) لأنه متعد في تسييه وقبه الدية على العاقلة .

قال (ولو وثبت بنخسه على رجل أو وطته فقتله كان ذلك على الناحس دون الراكب) لما بيناه ، والواقف في ملكه والذي يسير في ذلك سواء . وعن أبي يوسف رحمه الله أنه يجب الضمان على الناحس والراكب نصفين لأن التلف حصل بثقل الراكب ووطء الدابة ، والثاني مضاف إلى الناحس فيجب الضمان عليهما ، وإن نخسها بإذن الراكب كان ذلك بمنزلة فعل الراكب لو نخسها ، ولا ضمان عليه في نفيها لأنه أمره بما يملكه إذ الناحس في معنى السوق فصح أمره به ونقل إليه لمعنى الأمر .

قال (ولو وطئت رجلا في سيرها وقد نخسها الناحس بإذن الراكب فالدية عليهما نصفين جميعا إذا كانت في فورها الذي نخسها) لأن سيرها في تلك الحالة مضاف إليها والإذن يتناول فعله السوق ولا يتناوله من حيث إنه إتلاف ، فمن هذا الوجه يقتصر عليه ، والركوب وإن كان علة للوطء فالنخس ليس بشرط لهذه العلة بل هو شرط أو علة لسير العلة للوطء ، وبهذا لا يرجع صاحب العلة كمن جرح إنسانا فوقع في نحر

حفرها غيره على قارعة الطريق ومات فالدية عليهما لما أن الحفر شرط حلة أخرى فون حلة الجرح كذا هذا ، ثم قيل يرجع الناحس على الراكب بما ضمن في الإبطاء لأنه فطه بأمره ، وقيل لا يرجع وهو الأصح فيما أراه لأنه لم يأمره بالإبطاء والناحس بفصل عنه ، وصار كما إذا أمر صبيا بتمسك على العاقل بتسييرها فوطئت إنسانا ومات حتى ضمن عاقلة الصبي فإنهم لا يرجعون على الأمر ، لأنه أمره بالقتل والإبطاء بفصل عنه ، وكذا إذا ناوله سلاحا فقتل به آخر حتى ضمن لا يرجع على الأمر ، ثم الناحس إنما يضمن إذا كان الإبطاء في فور الناحس حتى يكون السوق مضاعفا إليه ، وإذا لم يكن في فور ذلك فالضمان على الراكب لا تقطع أثر الناحس فبقى السوق مضاعفا إلى الراكب على السكال (ومن قاد دابة فنجسها رجل فانفلتت من يد القائد فأصابته في فورها فهو على الناحس وكذا إذا كان لها سائق فنجسها غيره) لأنه مضاف إليه والناحس إذا كان جبدا فالضمان في رقبته ، وإن كان صبيا ففي ماله لأنهما مؤاخذاً بأفعالهما (ولو نجسها شيء منصوب في الطريق فتفتحت إنسانا فقتلته فالضمان على من نصب ذلك الشيء) لأنه متعدد بشغل الطريق فأخفيف إليه كأنه نجسها بفعله ، والله أعلم .

باب جنابة المملوك والجنابة عليه

قال (وإذا جنى العبد جنابة خطأ قيل لمولاه إما أن تدفعه بها أو تغدبه) وقال الشافعي رحمه الله : جنابته في رقبته يباع فيها إلا أن يقضى المولى الأرض ، وفائدة الاختلاف في اتباع الجاني بعد العتق ، والمسئلة مختلفة بين الصحابة رضوان الله عليهم : له أن الأصل في موجب الجنابة أن يجب على المظلف لأنه هو الجاني إلا أن العاقلة تتحمل عنه ولا عاقلة للعبد ، لأن العقل عنده بالقرابة ولا قرابة بين العبد ومولاه ، فتجب في ذمته كذا الدين ، ويتعلق برقبته يباع فيه كما في الجنابة على المالك . ولنا أن الأصل في الجنابة على الآدمي حالة الخطأ أن يتابع عن الجاني تحمزا عن استئصاله والإجحاف به إذ هو معذور فيه حيث لم يعتمد الجنابة وتجب على عاقلة الجاني إذا كان له عاقلة والمولى عاقلة لأن العبد يستنصر به :

والأصل في العاقلة عندنا الناصرة حتى تجب على أهل الديوان بخلاف الذي ، لأنهم لا يقاتلون فيها بينهم فلا عاقلة فتجب في ذمته صيانة للدم عن الهدر ، وبخلاف الجنابة على

القتل ، لأن المواقف لا تتقبل المسال إلا أنه يغير بين الدفع والقضاء لأنه واحد ، وفي إثبات
النظيرة نوع تخفيف في حقه كيلا يستأصل ، غير أن الواجب الأصل هو الدفع في الصحيح
ولهذا يسقط الموجب بموت العبد لقوات محل الواجب وإن كان له حق النقل إلى القضاء
كما في مال الزكاة ، بخلاف موت الجاني الحر لأن الواجب لا يتعلق بالحر استيفاء فصول
كالعبد في صدقة الفطر :

قال (فإن دفعه ملكه ولي الجناية وإن فداه فداه بأرضها وكل ذلك يلزمه حالا) أما
الدفع فلأن التأجيل في الأحيان باطل وعند اختياره الواجب حين ، وأما القضاء فلأنه جعل
بدلاً من العبد في الشرع وإن كان مقدراً بالتلف ، ولهذا متى فداه فيقوم مقامه ويأخذ
حكمه فلهذا وجب حالا كالبدل (وأيهما اختاره وفعله لا شيء لولي الجناية غيره) أما الدفع
فلأن حقه متعلق به ، فإذا خلى بينه وبين الرقبة سقط ، وأما القضاء فلأنه لاحق له إلا الأرض
فإذا أوفاه حقه سلم العبد له ، فإن لم يختار شيئاً حتى مات العبد بطل حق الجاني عليه لقوات
محل حقه على ما بيناه ، وإن مات بعد ما اختار القضاء لم يبرأ لتحول الحق من رقبة العبد
إلى فمة المولى .

قال (فإن عاد فجنى كان حكم الجناية الثانية كحكم الجناية الأولى) معناه بعد القضاء لأنه
ما طهر عن الجناية بالقضاء جعل كأن لم تكن وهذا ابتداء جنابة .

قال (وإن جنى جنتين قيل للمولى : إما أن تدفعه إلى ولي الجائنتين يقتسانه على قدر
حقيهما ، وإما أن تغديه بأرض كل واحد منهما) لأن تعلق الأولى برقبته لا يمنع تعلق الثانية
بها كالديون المتلاحقة ، ألا ترى أن ملك المولى لم يمنع تعلق الجناية فحق الجاني عليه الأول
أولى أن لا يمنع ، ومعنى قوله على قدر حقيهما على قدر أرض جتائتيهما (وإن كانوا جماعة
يقتسمون العبد المدفوع على قدر حصصهم وإن فداه فداه بجميع أروشهم) لما ذكرنا (ولو قتل
واحد وفقاً حين آخر يقتسانه أثلاثاً) لأن أرض المين على النصف من أرض القفس وعلى
هذا حكم الشجرات (والمولى أن يغدى من بعضهم ويدفع إلى بعضهم مقدار ما يتعلق به حقه
من العبد) لأن الحقوق مختلفة باختلاف أسبابها وهي الجنائيات المختلفة ، بخلاف مقتول
العبد إذا كان له وليان لم يكن له أن يغدى من أحدهما ويدفع إلى الآخر لأن الحق متحد
لاحد منهما وهي الجناية المتحدة والحق يجب للمقتول ثم للورث خلافاً عنه فلا يملك الضريق
فه مرجحاً :

قال (فإن أعتقه المولى وهو لا يعلم بالجناية ضمن الأقل من قيمته ومن أورشها ، وإن أعتقه بعد العلم بالجناية وجب عليه الأرش) لأن في الأول فوت حقه ، فيضمنه وحقه في أصلهما ولا يصير مختاراً للفداء لأنه لا اختيار بدون العلم ، وفي الثاني صلب مختاراً لأن الإعتاق يمنعه من الدفع فالإقدام عليه اختيار منه للاختار ، وعلى هذين الوجهين البيع والهبة والتدبير والاستيلاء ، لأن كل ذلك مما يمنع الدفع لزوال الملك به ، بخلاف الإقرار على رواية الأصل ، لأنه لا يسقط به حق ولي الجناية فإن المقر له يطالب بالدفع إليه وليس فيه نقل الملك بل جواز أن يكون الأمر كما قاله المقر ، وألحقه الكسبي بالبيع وأخواته لأنه ملكه في الظاهر فيستحقه المقر له بإقراره فأشبهه البيوع وإطلاق الجواب في الكتاب ينتظم النفس وما دونها وكذا المعنى لا يختلف ، وإطلاق البيع ينتظم البيع بشرط اختيار للمشتري لأنه يزيل الملك ، بخلاف ما إذا كان اختيار للبائع وقضيه ، وبخلاف العرض على البيع لأن الملك مازال ، ولو باعه يباع فاسداً لم يصير مختاراً حتى يسلمه لأن الزوال به ، بخلاف الكتابة القاسدة لأن موجه يثبت قبل قبض البذل فيصير بنفسه مختاراً ، ولو باعه مولاه من المعنى عليه فهو مختار ، بخلاف ما إذا وهبه منه لأن المستحق له أخذه بغير عوض وهو متحقق في الهبة دون البيع : وإعتاق المعنى عليه بأمر المولى بمنزلة إعتاق المولى فيما ذكرنا ، لأن فعل المأمور مضاف إليه ، ولو ضربه فنقصه فهو مختار إذا كان حالاً بالجناية لأنه حبس جزماً منه ، وكلما إذا كانت بكرراً فوطئها وإن لم يكن معلقاً قلنا ، بخلاف التزويج لأنه يجب من حيث الحكم ، وبخلاف وطء الشيب على ظاهر الرواية ، لأنه لا ينقص من غير إطلاق ، وبخلاف الاستخدام لأنه لا ينقص بالملك ولهذا لا يسقط به خيار البطلان ، ولا يصير مختاراً بالإجارة ، وظاهره في الأظهر من الروايات وكلها بالإذن في التجارة وإن تركيهذين ، لأن الإذن لا يفوت الدفع ولا ينقص الرقبة إلا أن أولى الجناية أن يتمتع من قبوله لأن الدين لحقه من جهة المولى فلزم للمولى قيمته .

قال (ومن قال لعبد: إن قتلت فلاناً أو رميته أو سحجته فأنت حر فهو مختار لفداء إن فعل ذلك) وقال زفر رحمه الله: لا يصير مختاراً لفداء ، لأن وقت تكليفه للجناية ولا علم له بوجوده وبعد الجناية لم يوجد منه فعل يصير به مختاراً .

ألا ترى أنه لو علق الطلاق أو العتاق بالشروط ثم جاف أن لا يطلق أو لا يعتق ثم وجد الشرط وثبت العتق والطلاق لا يبحث في معية تلك ، كذا هذا . ولنا أنه علق الإعتاق بالجناية والمعلق بالشروط ينزل عند وجود الشرط كاللنجز فصار كما إذا أعتقه بعد الجناية .

ألا ترى أن من قال لأمرائه : إن دخلت الدار فوالله لأفرك يصير ابتداء الإيلاء من وقت الدخول ، وكذا إذا قال لها : إذا مرضت فأنت طالق ثلاثا فمرض حتى طلقت ومات من ذلك المريض يصير ظاهراً لأنه يصير مطلقاً بعد وجود المرض ، بخلاف ما أورد لأن غرضه طلاق أو عتي بمكته الامتناع عنه ، إذ الميمن للمنع فلا يدخل تحته مالا يمكنه الامتناع عنه . ولأنه حرّضه على مباشرة الشرط بتعليق أهوى الدواعى إليه ، والظاهر أنه يقطعه فهذا دلالة الاختيار :

قال (وإذا قطع العبد يد رجل عمدا فدفع إليه بقضاء أو بغير قضاء فأعتقه ثم مات من قطع اليد فالعبد صليح بالجناية ، وإن لم يعتقه رده على المولى وقيل للأولياء اقتطوه أو أفضوا عنه) ووجه ذلك ، وهو أنه إذا لم يعتقه وسرى تبين أن الصلح وقع باطلاً لأن الصلح كان مع المالك لأن أطراف العبد لا يجرى القصاص بينها وبين أطراف الحر ، فإذا سرى تبين أن المال غير واجب ، وإنما الواجب هو القود ، فكان الصلح واقفا بغير بدل فبطل وبالبطل لا يورث الشبهة ، كما إذا وطئ المطلقة الثلاث في حديثها مع العلم بمرميتها عليه فوجب القصاص ، بخلاف ما إذا أعتقه لأن إقدامه على الإعتاق يدل على قصده تصحيح الصلح ، لأن الظاهر أن من أقدم على تصرف يقصد تصحيحه ولا حصة له إلا أن يحصل صلحا عن الجناية وما يحدث منها ، ولهذا لم نص عليه ورضى المولى به يصح وقد رضى المولى به ، لأنه لما رضى يكون العبد عوضاً عن التقليل يكون أَرْضَى بكونه عوضاً عن الكثير فإذا أعتق يصح الصلح في ضمن الإعتاق ابتداء ، وإذا لم يعتق لم يوجد الصلح ابتداء والصلح الأول وقع باطلاً فيرد العبد إلى المولى والأولياء على غيرتهم في العفو والقتل : وذكر في بعض النسخ رجل قطع يد رجل عمدا فصالح القاطع المقطوعة يده على عبد ودفعه إليه . فأعتقه المقطوعة يده ثم مات من ذلك فالعبد صليح بالجناية إلى آخر ما ذكرنا من الرواية ، وهذا الوضع يرد إشكالاً فيها إذا عفا عن اليد ، ثم سرى إلى النفس ومات حيث لا يجب القصاص هناك وههنا قال يجب قتل ما ذكر ههنا جواب القياس فيكون الوضعان جميعاً على القياس والاستحسان ، وقيل بينهما فرق ، ووجهه أن العفو عن اليد صريح ظاهراً لأن الحق كان له في اليد من حيث الظاهر فيصبح العفو ظاهراً فبعد ذلك وإن بطل حكماً يبقى موجوداً حقيقة فكفى ذلك لمنع وجوب القصاص . أما ههنا الصلح لا يبطل الجناية بل يقررهما حيث صالح عنها على مال ، فإذا لم يبطل الجناية لم تمنع العقوبة هذا إذا لم يعتقه . أما إذا أعتقه فالتخريج ما ذكرناه من قبل .

قال (وإذا جنى العبد المأذون له جناية وعليه ألف درهم فأعتقه المولى ولم يعلم بالجناية فعليه قيمتان قيمة لصاحب الدين وقيمة لأولياء الجناية) لأنه أئلف حقين كل واحد منهما مضمون بكل القيمة على الانفرد : الدفع للأولياء ، والبيع للفرماء فكذلك عند الاجتماع ؛ ويمكن الجمع بين الحقين إيفاء من الرقبة الواحدة بأن يدفع إلى ولى الجناية ثم يباع للفرماء فيضمهما بالإتلاف ، بخلاف ما إذا أئلفه أجنبي حيث تجب قيمة واحدة للمولى ويدفعها المولى إلى الفرداء . لأن الأجنبي إنما يضمن للمولى بحكم الملك فلا يظهر في مقابلته الحق لأنه دونه ، وهما يجب لكل واحد منهما بإتلاف الحق فلا ترجيح فيظهران فيضمنهما .

قال (وإذا استدان الأمة المأذون لها أكثر من قيمتها ثم ولدت فزانه يباع الولد معها في الدين ، وإن جنت جناية لم يدفع الولد معها) والفرق أن الدين وصف حكى فيها واجب في ذمتها متعلق برقبته استيفاء فيسرى إلى الولد كوله المرهونة ، بخلاف الجناية لأن وجوب الدفع في ذمة المولى لاقى ذمتها وإنما يلاقيها أثر الفعل الحقيقي وهو الدفع والسرية في الأوصاف الشرعية دون الأوصاف الحقيقية .

قال (وإذا كان العبد لرجل زعم رجل آخر أن مولاه أعتقه فقتل العبد وليا لذلك الرجل الزاعم خطأ فلا شيء له) لأنه لما زعم أن مولاه أعتقه فقد ادعى الدية على العاقلة وأبرأ العبد والمولى إلا أنه لا يصدق على العاقلة من غير حجة .

قال (وإذا أعتق العبد فقال لرجل قتل أخاك خطأ وأنا عبد وقال الآخر قتلته وأنت حر فالقول قول العبد) لأنه منكر للضمان لما أنه أسنده إلى حالة معهودة متنافية للضمان إذ الكلام فيها إذا عرف رقه والوجوب في جناية العبد على المولى دفعا أو فداء ، وصار كما إذا قال البالغ العاقل طلق امرأتى وأنا صبي أو بنت دارى وأنا صبي ، أو قال طلق امرأتى وأنا مجنون أو بنت دارى وأنا مجنون وقد كان جنونه معروفاً كان القول قوله لما ذكرنا .

قال (ومن أعتق جارية ثم قال لما قطعت يدك وأنت أمتى وقالت قطعنها وأنا حرة فالقول قولها وكذلك كل ما أخذه منها إلا الجناح والغلة استحصانا ، وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله : وقال محمد : لا يضمن الأشياء قائما بعينه يؤمر برده عليها) لأنه منكر وجوب الضمان لإسناده الفعل إلى حالة معهودة متنافية له كما في المسئلة الأولى ، وكما في ثلثة وظلة وفي الشيء القائم أقر يدها حيث اعترف بالأخذ منها ثم ادعى التملك عليها

وهي منكورة والقول قول المنكر فلهذا يؤمر بالرد إليها : ولما أنه أقر بسبب الضمان ثم ادعى ما يبرره فلا يكون القول قوله ، كما إذا قال لغيره : فقأت عينك اليمنى وعيني اليمنى صحيحة ثم فقتت وقال المقر له لا بل فقأتها وعينك اليمنى مفقودة فإن القول قول المقر له ، وهذا لأنه ما أسنده إلى حالة متافية للضمان لأنه يضمن يدها لو قطعها وهي مديونة ، وكذا يضمن مال الحرى إذا أخذه وهو مستأمن بخلاف الوطء والغلة لأن وطء المولى أمته المديونة لا يوجب العقر وكذا أخذه من غلتها ، وإن كانت مديونة لا يوجب الضمان عليه فحصل الإسناد إلى حالة معهودة متافية للضمان .

قال (وإذا أمر العبد المحجور عليه صبياً حراً بقتل رجل فقتله فعلى عاقلة الصبي الدية) لأنه هو القاتل حقيقة وعمده وخطؤه سواء على ما بينا مع قبل (ولا شيء على الأمر) وكذا إذا كان الأمر صبياً ، لأنهما لا يؤخذان بأقوالهما لأن المؤاخذه فيها باعتبار الشرع وما اعتبر قولهما ، ولا رجوع لعاقلة الصبي على الصبي الأمر أبداً ويرجعون على العبد الأمر بعد الإحتاق لأن عدم الاعتبار لحق المولى وقد زال لانتقصان أهلية العبد ، بخلاف الصبي لأنه غاصر الأهلية .

قال (وكذلك إن أمر عبداً) معناه أن يكون الأمر عبداً والأمور عبداً محجوراً عليهما (يخاطب مولى القاتل بالدفع أو القداء) ولا رجوع له على الأول في الحال ، ويجب أن يرجع بعد المقتى بأقل من القداء وقيمة العبد لأنه غير مضطرف دفع الزيادة وهذا إذا كان القتل خطأً وكذا إذا كان عبداً والمبدل للقاتل صغيراً لأن عمده خطأ ، أما إذا كان كبيراً يجب القصاص لجريانه بين الحر والعبد .

قال (وإذا قتل العبد رجلين عبداً ولكل واحد منهما وليان فعلى أحد وليي كل واحد منهما فإن المولى يدفع نصفه إلى الآخرين أو يفديه بعشرة آلاف درهم) لأنه لما عفا أحد وليي كل واحد منهما سقط القصاص وانقلب مائة فصار كما لو وجب المال من الابتداء ، وهذا لأن حقهم في الرقبة أو في عشرين ألفاً وقد سقط نصيب العاقبين وهو النصف وبقى النصف .

(فإن كان قتل أحدهما عبداً والآخر خطأً فعلى أحد وليي العبد ، فإن فداء المولى فداء بخمسة عشر ألفاً خمسة آلاف لدى لم يدفع من ولي العبد وعشرة آلاف لولي الخطأ) لأنه لما انقلب العبد مالا كان حق ولي الخطأ في كل الدية عشرة آلاف وحق أحد ولي

لعمد في نصفها خمسة آلاف ولا تضايق في الفداء فيجب حصة حشر أهما (وإن دفعه دفعه إليهم أثلاثا لثأله لولى الخطأ) وثله لغير العاقب من ولى الممد عند أبى حنيفة رحمه الله . وقالوا : يدفعه أرباعا ثلاثة أرباعه لولى الخطأ وربعه لولى العمد) فالقصة عندهما بطريق المنازعة فيسلم النصف لولى الخطأ بلا منازعة ، واستوت منازعة الفريقين في النصف الآخر فيتنصف فلهذا يقسم أرباعا ، وعنده يقسم بطريق العول والمضاربة أثلاثا ، لأن الحق تعلق بالرقبة أصله التركة المستغرقة بالديون فيضرب هذا بالكل وذلك بالنصف ، ولله المثلثة نظائر وأصداه ذكرناها في الزيادات .

قال (وإذا كان عبد بين رجلين فقتل مولى لهما) أى قريبا لهما (فضا أحدهما بطل الجميع عند أبى حنيفة رحمه الله . وقالوا : يدفع الذى عفا نصف نصيبه إلى الآخر أو يفديه بربع الدية) وذكر في بعض النسخ قتل وليا لهما ، والمراد القريب أيضا ، وذكر في بعض النسخ قول محمد رحمه الله مع أبى حنيفة رحمه الله ، وذكر في الزيادات عبد قتل مولا له ابان فضا أحد الابنين بطل ذلك كله عند أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله ، وعند أبى يوسف رحمه الله : الجواب فيه كالجواب في مسئلة الكلب ، ولم يذكر اختلاف الرواية : لأبى يوسف رحمه الله أن حق القصاص ثبت في العبد على سبيل الشروع ، لأن ملك المولى لا يمنع استحقاق القصاص له فإذا عفا أحدهما انقلب نصيب الآخر وهو النصف حالا غير أنه شائع في الكل ، فيكون نصفه في نصيبه والنصف في نصيب صاحبه ، فما يكون في نصيبه سقط ضرورة أن المولى لا يستوجب على عبده مالا ، وما كان في نصيب صاحبه بقى ونصف للنصف هو الربع ، فلهذا يقال ادفع نصف نصيبك أو افتده بربع قلدية . ولهما أن ما يجب من المال يكون حق المقتول لأنه بدل دمه ، ولهذا تقضى منه ديونه وتنفذ به وصاياه ، ثم للورثة يخلفونه فيه عند الفراغ من حاجته والمولى لا يستوجب حل عبده ديننا فلا تخلفه الورثة فيه ، والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب .

فصل

(ومن قتل جندا خطأ فعليه قيمة لا تزيد على عشرة آلاف درهم ، فإن كانت قيمته عشرة آلاف درهم أو أكثر قضى له بعشرة آلاف إلا عشرة ، وفى الأمة إذا زادت قيمتها على الدية خمسة آلاف إلا عشرة) وهذا عند أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله . وقال أبو يوسف

والضلعى رحمهما الله : تجب قيمته بالغة ما بلغت ، ولو غصب عبدا قيمته عشرون ألفا فهلك فى يده تجب قيمته بالغة ما بلغت بالإجماع : لما أن الضمان بدل المالية ، ولهذا يجب للمولى وهو لامتلاك العبد إلا من حيث المالية ، ولو قتل العبد المبيع قبل القبض يبق العقد ويقاؤه ببقاء المالية أصلا أو بدلا وصار كقتل القيمة . وكالغصب : ولأنى حنيفة ومحمد رحمهما الله قوله تعالى - ودية مسلمة إلى أهله - أوجبا مطلقا وهى اسم الواجب بمقابلة الآدمية ولأن فيه معنى الآدمية حتى كان مكلفا وفيه معنى المالية والآدمية أهلهما ، فيجب اعتبارها بإهدار الأدنى عند تملز الجمع بينهما وضمان الغصب بمقابلة المالية إذ الغصب لا يزد إلا على المال وبقاء العقد يتبع الفائدة حتى يبقى بعد قطعه عبدا وإن لم يكن القصاص بدلا عن المالية فكل ذلك أمر الدية وفى قليل القيمة الواجب بمقابلة الآدمية إلا أنه لاسمع فيه فقد رناه بقيمته رأيا بخلاف كثير القيمة لأن قيمة الحر مقدرة بعشرة آلاف درهم ونقصنا منها فى العبد لإظهار الانحطاط رتبته وتعيين العشرة بأثر عبد الله بن عباس رضى الله عنهما :

قال (وفى يد العبد نصف قيمته لا يزداد على خسة آلاف إلا خسة) لأن اليد من الآدمى نصفه فتعتبر بكله ، وينقص هذا المقدار لإظهار الانحطاط رتبته ، وكل ما يقدر من دية الحر فهو مقدر من قيمة العبد لأن القيمة فى العبد كالدية فى الحر ، إذ هو بدل الدم على ما قررنا ، وإن غصب أمة قيمتها عشرون ألفا فانت فى يده فعليه تمام قيمتها لما بينا أن ضمان الغصب ضمان المالية .

قال (ومن قطع يد عبد فأعتقه المولى ثم مات من ذلك ، فإن كان له ورثة غير المولى فلا قصاص فيه والا اقتص منه وهذا عند أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله . وقال محمد رحمه الله : لا قصاص فى ذلك وعلى القاطع أرض اليد وما نقصه ذلك إلى أن يعتقه ويبطل القفص) وإنما لم يجب القصاص فى الوجه الأول لاشتباهه من له الحق ، لأن القصاص يجب عند الموت مستندا إلى وقت الجرح ، فعلى اعتبار حالة الجرح يكون الحق للمولى وعلى اعتبار الحالة الثانية يكون للورثة فتحقق الاشتباه وتعلز الاستيفاء فلا يجب على وجه يستوفى ، وفيه الكلام واجتماعهما لا يزيل الاشتباه ، لأن المالكين فى الحالين بخلاف العبد الموصى بخنمته لرجل وبرقه لآخر إذا قتل لأن ما لكل منهما من الحق ثابت من وقت الجرح إلى وقت الموت ، فإذا اجتمعا زال الاشتباه . ولحمد رحمه الله فى الخلافية وهو ما إذا لم يكن للعبد ورثة سوى المولى أن سبب الولاية قد اختلف لأنه الملك على اعتبار

إحدى الحاتين والورثة بالولاء على اعتبار الأخرى فنزل منزلة اختلاف المستحق فيها يحتاج فيه ، كما إذا قال لآخر بعثني هذه الجارية بكذا فقال المولى زوجها منك لا يمل له وطؤها ، ولأن الإعتاق قاطع للسراية وبانقطاعها يبقى الجرح بلا سراية والسراية بلا قطع فيمنع القصاص ، ولهما أنا نيقنا بثبوت الولاية للمولى فيستوفيه ، وهذا لأن المقضى له معلوم والحكم متحد فوجب القول بالاستيفاء ، بخلاف الفصل الأول لأن المقضى له مجهول ولا يعتبر باختلاف السبب وهنا لأن الحكم لا يختلف بخلاف تلك المسئلة لأن ملك الميعن يفاير ملك النكاح حكما والإعتاق لا يقطع السراية لذاته بل لاشتباه من له الحق وذلك في الخلط دون العمد ، لأن العبد لا يصلح مالكا للمال ، فعل اعتبار حالة الجرح يكون الحق للمولى وعلى اعتبار حالة الموت يكون للميت لحرته فيقضى منه ديونه وينفذ وصاياه فجاء الاشتباه .

أما العمد فوجه القصاص والعبد مبيع على أصل الحرية فيه ، وعلى اعتبار أن يكون الحق له فالمولى هو الذى يتولاه إذ لا وارث له سواء فلا اشتباه فيمن له الحق ، وإذا امتنع القصاص في الفصلين عند محمد رحمه الله يجب أرض اليد وما نقصه من وقت الجرح إلى وقت الإعتاق كما ذكرنا لأنه حصل على ملكه ويبطل الفضل ، وعندهما الجواب في الفصل الأول كالجواب عند محمد رحمه الله في الثانى .

قال (ومن قال لعبيده أحد كما حر ثم شجا فأوقع العتق على أحدهما فأرشمها للمولى) لأن العتق غير نازل في الميعن والشجة تصادف الميعن فبقيا مملوكين في حق الشجة (ولو قتلها رجل تجب دية حر وقيمة عبد) والفرق أن البيان إنشائى وجه وإظهار من وجه على ماعرف ، وبعد الشجة بقى محلا للبيان فاعتبر إنشاء في حقهما وبعد الموت لم يبق محلا للبيان ، فاعتبرناه إظهارا محضا وأحدهما حر يبقين فتجب قيمة عبد ودية حر ، بخلاف ما إذا قتل كل واحد منهما رجل حيث تجب قيمة المملوكين ، لأنما لم نتيقن بقتل كل واحد منهما حرا وكل منهما ينكر ذلك ، ولأن القياس بأبى ثبوت العتق في المجهول لأنه لا ينفى فائدة وإنما صحته ضرورة صحة التصرف وأثبتنا له ولاية النقل من المجهول إلى المعلوم فيقتدر بقدر الضرورة وهي في النفس دون الأطراف في مملوكا في حقها .

قال (ومن فقا عني عبد فإن شاء المولى دفع عبده وأخذ قيمته وإن شاء أمسكه ولا شيء له من القصصان عند أبى حنيفة رحمه الله : وقالوا : إن شاء أمسك العبد وأخذ ما نقصه وإن

شاه دفع العبد وأخذ قيمته) وقال الشافعي رحمه الله : يضمه كل القيمة ويمسك الجنة لأنه يحصل الضمان مقابلا بالقاتن بقي الباقي على ملكه كما إذا قطع إحدى يديه أو فقا إحدى عينيه ، ونحن نقول : إن المالية قائمة في الذات ، وهي معبرة في حق الأطراف لسقوط اعتبارها في حق الذات قصرا عليه ، وإذا كانت معتبرة وقد وجد إتلاف النفس من وجه بتفويت جنس المنفعة والضمان يتقدر بقيمة الكل فوجب أن يملك الجنة دفعا للضرر ، ورعاية للمائلة ، بخلاف ما إذا فقا عيني حر لأنه ليس فيه معنى المالية ، وبخلاف عيني المذبر لأنه لا يقبل الانتقال من ملك إلى ملك ، وفي قطع إحدى اليدين وفقه إحدى العينين لم يوجد تفويت جنس المنفعة . ولها أن معنى المالية لما كان معتبرا وجب أن يتخير المولى على توجهه الذي قلناه كما في سائر الأموال ، فإذن من خرق ثوب غيره خرقا فاحشا إن شاء المالك دفع الثوب إليه وضحه قيمته وإن شاء أمسك الثوب وضحه القفصان . وله أن المالية وإن كانت معتبرة في الذات فالآدمية غير مهذرة فيه وفي الأطراف أيضا ، ألا ترى أن عبدا لو قطع يد عبد آخر يؤمر المولى بالدفع أو الفداء وهذا من أحكام الآدمية لأن موجب الجناية على المال أن تباع رقبته فيها ، ثم من أحكام الأولى أن لا ينقسم على الأجزاء ولا يملك الجنة ، ومن أحكام الثانية أن ينقسم ويتملك الجنة فوفرنا على الشبهين حظهما من الحكم .

فصل في جنابة المذبر وأم الولد

قال (وإذا جنى المذبر أو أم الولد جنابة ضمن المولى الأقل من قيمته ومن أرشها) لما روى عن أبي عبيدة رضي الله عنه أنه قضى بجنابة للمذبر على مولاه ، ولأنه صار مانعا عن تسليمه في الجنابة بالتدبير أو الاستيلاء من غير اختياره الفداء ، فصار كما إذا فعل ذلك بعد الجنابة وهو لا يعلم ، وإنما يجب الأقل من قيمته ومن الأرض ، لأنه لا حق لولى الجنابة في أكثر من الأرض ولا منع من المولى في أكثر من القيمة ، ولا تخيير بين الأقل والأكثر لأنه لا يفيد في جنس واحد لاختياره الأقل لا محالة ، بخلاف الفرض لأن الرغبات صادقة في الأعيان فيفيد التخيير بين الدفع والفداء (وجنابات المذبر وإن تواترت لا توجب إلا قيمة واحدة) لأنه لا منع منه إلا في ربة واحدة ، ولأن دفع القيمة كدفع العبد وذلك لا يتكرر فهذا كذلك ويتضاربون بالحصص فيها وتعتبر قيمة لكل واحد في حال الجنابة عليه لأن المنع في هذا الوقت يتحقق .

قال (فإن جنى جناية أخرى وقد دفع المولى القيمة إلى وليّ الأولى بقضاء فلا شيء عليه) لأنه مجبور على الدفع .

قال (وإن كان المولى دفع القيمة بغير قضاء قالولي بالخيار إن شاء اتبع المولى وإن شاء اتبع وليّ الجناية وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله . وقالوا : لا شيء على المولى) لأنه حين دفع لم تكن الجناية الثانية موجودة فقد دفع كل الحق إلى مستحقه وصار كما إذا دفع بالقضاء . ولأبي حنيفة رحمه الله : أن المولى جان ببلغ حق وليّ الجناية الثانية طوعا ووليّ الأولى ضلما بقبض حقه ظلما فيصير وهذا لأن الثانية مقارنة حكما من وجه ولعلنا يشاركه وليّ الجناية الأولى ومتأخرة حكما من حيث إنه تعتبر قيمته يوم الجناية الثانية في حقها ، فصارت كالقائمة في حق التضمين لإبطاله ما يتعلق به من حق وليّ الثانية عملا بالشبهين (وإذا أعتق المولى المدبر وقد جنى جنايات لم تلزمه إلا قيمة واحدة) لأن الضمان إنما وجب عليه بالمنع ، فصار وجود الإعتاق من بعد وعلمه بمنزلة (وأم الولد بمنزلة المدبر في جميع ما وصفتنا) لأن الاستيلاء مانع من الدفع كالنظير (وإذا أقر المدبر بجناية انحطأ لم يجز إقراره ولا يلزمه به شيء حتى أولم يعترف) لأن موجب جناية انحطأ على سيده وإقراره به لا ينفذ على السيد ، والله أعلم .

باب غصب العبد والمدبر والصبي والجناية في ذلك

قال (ومن قطع يد عبده ثم غصبه رجل ومات في يده من القطع فعليه قيمته أقطع وإن كان المولى قطع يده في يد الغاصب فأت من ذلك في يد الغاصب لا شيء عليه) والفرق أن الغصب قاطع للسرابة ، لأن سبب الملك كالبيع فيصير كأنه هلك بأفة مملوكة ، فغصب قيمته أقطع ولم يوجد القاطع في الفصل الثاني ، فكانت السرابة مضافة إلى اليداية فصار المولى مطالبا فيصير مستردا ، كيف وأنه استولى عليه وهو استرداد فيبرأ الغاصب عن الضمان . قال (وإذا غصب العبد المحجور عليه عبدا محجورا عليه فأت في يده فهو ضامن) لأن المحجور عليه مؤاخذ بأفعاله :

قال (ومن غصب مديرا فجنى عنده جناية ثم رده على المولى فجنى عنده جناية أخرى فعلى المولى قيمته بينهما نصفان) لأن المولى بالتدبير السابق أعجز نفسه عن الدفع من غير أن يصير مختارا للقضاء ، فيصير مطالبا حتى أولياء الجناية إذ حثهم فيه ولم يمنع إلا

ورقة واحدة فلا يزداد على قيمتها ويكون بين ولي الجنائتين نصفين لاستوائهما في الموجب.
قال (ويرجع المولى بنصف قيمته على الغاصب) لأنه استحق نصف البذل بسبب
كان في يد الغاصب ، فصار كما إذا استحق نصف العبد بهذا السبب :

قال (ويدفعه إلى ولي الجناية الأولى ثم يرجع بذلك على الغاصب ، وهذا عند أبي حنيفة
وأبي يوسف رحمهما الله . وقال محمد رحمه الله يرجع بنصف قيمته فيسلم له) لأن الذي
يرجع به المولى على الغاصب عوض ماسلم لولى الجناية الأولى فلا يدفعه إليه كيلا
يؤدى إلى اجتاع البذل والمبدل في ملك رجل واحد وكيلا يتكرر الاستحقاق . ولهما
أن حق الأول في جميع القيمة لأنه حين جنى في حقه لا يراحمه أحد ، وإنما انتقص
باعتبار مزاحمة الثاني ، فإذا وجد شيئا من بدل العبد في يد المالك فارغا بأخذه ليم
حقه ، فإذا أخذه منه يرجع المولى بما أخذه على الغاصب لأنه استحق من يده بسبب كان
في يد الغاصب :

قال (وإن كان جنى عند المولى فغصبه رجل فعجنى عنده جناية أخرى فعل المولى
قيمتيه بينهما نصفان ويرجع بنصف القيمة على الغاصب) لما بينا في الفصل الأول غير أن
استحقاق النصف حصل بالجناية الثانية إذ كانت هي في يد الغاصب فيدفعه إلى ولي الجناية
الأولى ولا يرجع به على الغاصب وهذا بالإجماع .

ثم وضع المسألة في العبد فقال (ومن غصب عبدا فعجنى في يده ثم رده فعجنى جناية
أخرى فإن المولى يدفعه إلى ولي الجنائتين ثم يرجع على الغاصب بنصف القيمة فيدفعه
إلى الأول ويرجع به على الغاصب ، وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله . وقال
محمد رحمه الله : يرجع بنصف القيمة فيسلم له ، وإن جنى عند المولى ، ثم غصبه فعجنى في
يده دفعه المولى نصفين ويرجع بنصف قيمته فيدفعه إلى الأول ولا يرجع به) والجواب
في العبد كالجواب في المدبر في جميع ما ذكرنا إلا أن في هذا الفصل يدفع المولى العبد ، وفي
الأول يدفع القيمة :

قال (ومن غصب مدبرا فعجنى عنده جناية ثم رده على المولى ثم غصبه ثم جنى
عنده جناية فعل المولى قيمته بينهما نصفان) لأنه منع ورقة واحدة بالتدبير فيجب عليه
قيمة واحدة (ثم يرجع بقيمته على الغاصب) لأن الجنائتين كانتا في يد الغاصب (فيدفع

نصفها إلى الأول (لأنه استحق كل القيمة ، لأن عند وجود الجناية عليه لاحق لغيره وإنما انتقصن بحكم المزاحمة من بعد .

قال (ويرجع به على الغاصب) لأن الاستحقاق بسبب كان في يده ويسلم له ولا يلزمه إلى ولي الجناية الأولى ولا إلى ولي الجناية الثانية ، لأنه لاحق له إلا في النصف لسبق حق الأول وقد وصل ذلك إليه ، ثم قيل هذه المسئلة على الاختلاف كالأولى وقيل على الاتفاق . والفرق لمحمد رحمه الله أن في الأولى الذي يرجع به عوض عما سلم لولي الجناية الأولى لأن الجناية الثانية كانت في يد المالك فلو دفع إليه ثانياً يتكرر الاستحقاق ، فأما في هذه المسئلة فيمكن أن يجعل عوضاً عن الجناية الثانية لحصولها في يد الغاصب فلا يؤدي إلى ما ذكرناه ؛ قال (ومن غصب صبياً حراً فات في يده فجأة أو بحى فليس عليه شيء ، وإن مات من صاعقة أو نيسة حية فعل عاقلة الغاصب الدية) وهذا استحسان ، والقياس أن لا يضمن في الوجهين ، وهو قول زفر والشافعي رحمهما الله ، لأن الغصب في الحر لا يتحقق ، ألا يرى أنه لو كان مكاتباً صغيراً لا يضمن مع أنه حر يد ، فإذا كان الصغير حراً رقة ويداً أولى . وجه الاستحسان أنه لا يضمن بالغصب ولكن يضمن بالإنلاف وهذا إنلاف تسيباً لأنه نقله إلى أرض مسبعة أو إلى مكان الصواعق ، وهذا لأن الصواعق والحيات والسباع لا تكون في كل مكان فإذا نقله إليه فهو متعمد فيه وقد أزال حفظ الولي فيضاف إليه لأن شرط العلة ينزل منزلة العلة إذا كان تعدياً كالحفر في الطريق ، بخلاف الموت فجأة أو بحى لأن ذلك لا يختلف باختلاف الأماكن حتى لو نقله إلى موضع يقلب فيه الحصى والأمراض نقول بأنه يضمن فتجب الدية على العاقلة لكونه قتلاً تسيباً .

قال (وإذا أودع صبي عبداً قتلته فعل عاقلة الدية وإن أودع طعاماً فأكله لم يضمن) وهذا عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله : وقال أبو يوسف والشافعي رحمهما الله يضمن في الوجهين جميعاً ، وعلى مذهبنا إذا أودع العبد المحجور عليه مالا فاستهلكه لا يؤخذ بالضيان في الحال عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله ، ويؤخذ به بعد المتيقن : وعند أبي يوسف والشافعي رحمهما الله يؤخذ به في الحال ، وعلى هذا الخلاف الإقراض والإعارة في العبد والصبي ؛ وقال محمد رحمه الله في أصل الجلعع الصغير : « في قد عقل . وفي الجلعع الكبير وضع المسئلة في صبي ابن اثنتي عشرة سنة ، وهذا يدل على أنه غير البالغ

يهتف بالاعتاق ، لأن التسلط غير معتبر وفعله محتر . لها أنه أئلف مالا مقبولا
مضمونا حقا لملكه فوجب عليه الضمان كما إذا كانت الوديعة جيدا ، وكما إذا أئلفه غير
الصبي في يد الصبي المودع . ولأبي حنيفة ومحمد رحمهما الله أنه أئلف مالا غير مضموم ،
فلا يوجب الضمان كما إذا أئلفه بإذنه ورضاه وهذا لأن العصة تثبت حقا له ، وقد فوتها
على نفسه حيث وضع المال في يد مائة فلا يبقى مستحقا للنظر إلا إذا أئلف غيره مقام نفسه
في الحفظ ولا إقامة ههنا لأنه لا ولاية له على الاستقلال على الصبي ، ولا للصبي على نفسه
بمخلاف البالغ والمأذون له ، لأن لها ولاية على أنفسهما ، وبخلاف ما إذا كانت الوديعة
ههنا لأن عصمت لحنه إذ هو مبنى على أصل الحرية في حق الدم ، وبخلاف ما إذا أئلفه
غير الصبي في يد الصبي ، لأنه سقطت العصة بالإضافة إلى الصبي الذي وضع في يده
المال دون غيره .

قال (وان استهلك مالا ضمن) يريد به من غير إرضاع لأن الصبي يؤخذ بأفعاله وصحة
التصدد لا تنحصر بها في حقوق العباد ، والله أعلم بالصواب .

باب القسامة

قال (وإذا وجد القاتل في حفرة ولا يعلم من قتله استحلف خسون وجلا منهم يتخيرهم
الولى بالله ما قتلناه ولا علمنا له قاتلا) وقال الشافعي رحمه الله : إذا كان هناك لوث
استحلف الأولياء خسين يمينا ويقضى لهم بالدية على المدعى عليه عمدا كانت الدعوى أو
خطأ . وقال مالك : يقضى بالقود إذا كانت الدعوى في القتل العمد ، وهو أحد قوله
الشافعي رحمه الله ، والوث عندهما أن يكون هناك علامة القتل على واحد بعينه أو ظاهر
يشهد للمدعى من عنادة ظاهرة أو شهادة عدل أو جماعة غير عدول أن أهل الحقة قتلوه
وإن لم يكن الظاهر شاهدا له فلهذه مثل ملهنا غير أنه لا يكرر اليمين بل يردده على الولي
فإن حلفوا لأدية عليهم . للشافعي رحمه الله في البدأة بيمين الولي قوله عليه الصلاة
والسلام للأولياء فيقسم منكم خسون أنهم قتلوه ، ولأن اليمين تجب على من يشهد له
الظاهر ولهذا تجب على صاحب اليد ، فإذا كان الظاهر شاهدا للولى يبدأ بيمينه ، وروى
اليمين على المدعى أصل له كما في النكول غير أن هذه دلالة فيها نوع شبهة وتقصص
للايماسها ، ولعل يجب معها ظهنا وجبت الدية . ولنا قوله صلى الله عليه وآله وسلم

والتي على المدعى واليمين على من أنكره وفي رواية وعلى المدعى عليه، وروى سعيد بن المسيب وهو الله عنه أن النبي عليه الصلاة والسلام: بدأ باليهود بالقسامة وجعل الدية عليهم لوجود القتيل بين أظهرهم ، ولأن اليمين حجة للدفع دون الاستحقاق وحجة الولي إلى الاستحقاق ولهذا لا يستحق يمينه المال الميتل فأولى أن لا يستحق به النفس المحترمة وقوله بتخريمهم الولي إشارة إلى أن خيار تعيين الخمسين إلى الولي لأن اليمين حقه والمظهر أنه يختار من ينهم بالقتل أو يختار صالحى أهل الحلة لا أن تحرزهم عن اليمين الكاذبة أبلغ التحرز فيظهر القتلى ، وفائدة اليمين النكول فإن كانوا لا يباشرون ويعطون يفيد يمين الصالح على العلم بأبلغ مما يفيد يمين الطالح ، ولو اختاروا أمي أو محدوا في قلف جاز لأنه يمين وليس بشهادة .

قال (وإذا حلفوا قضى على أهل الحلة بالدية ولا يستحلف الولي) وقال الشافعي رحمه الله : لا تجب الدية ، لقوله عليه الصلاة والسلام في حديث عبد الله بن سهل « تبرئكم اليهود بأيمانها » ولأن اليمين عهد في الشرع مبرأ للمدعى عليه لا ملزما كما في سائر الدعاوى . ولنا أن النبي عليه الصلاة والسلام جمع بين الدية والقسامة في حديث بن سهل ، وفي حديث زياد بن أبي مريم ، وكلنا جمع أمر رضى الله عنه بينهما على واحدة ، وقوله عليه الصلاة والسلام « تبرئكم اليهود » محمول على الإبراء عن القصاص والجس ، وكلنا اليمين مبرأة مما وجب له اليمين ، والقسامة ما شرعت لتجب الدية إذا نكلوا بل شرعت ليظهر القصاص بتحرزهم عن اليمين الكاذبة فيقروا بالقتل ، فإذا حلفوا حصلت البراءة عن القصاص ثم الدية تجب بالقتل الموجود منهم ظاهرا لوجود القتيل بين أظهرهم لا بنكولهم أو وجبت بتقصيرهم في المحافظة كما في القتل الخطأ (ومن أبى منهم اليمين جس حتى يخلط) لأن اليمين فيه مستحقة لذاتها تعظيما لأمر الله ، ولهذا يجمع بينه وبين الدية بخلاف النكول في الأموال لأن اليمين بدل عن أصل حقه ، ولهذا يسقط بدل للمدعى ، وفيما نحن فيه لا يسقط بدل الدية هذا الذي ذكرنا إذا ادعى الولي القتل على جميع أهل الحلة ، وكلنا إذا ادعى على البعض لأيمانهم والدعوى في العمد أو الخطأ لأنهم لا يتميزون عن الباقى ، ولو ادعى على البعض لأيمانهم أنه قتل وليه عمدا أو خطأ فكل ذلك الجواب يدل عليه إطلاق الجواب في الكتاب ، وهكذا الجواب في المبسوط . وعن أبي يوسف رحمه الله فيهم ورواية الأصل أن في القياس تسقط القسامة والدية عن الباقيين من أهل الحلة وقوله

لولى أنك بيته ؟ فإن قال لا يستحلف المدعى عليه يمينا واحدة. ووجهه أن القياس يأباه لاحتمال وجود القتل من غيرهم وإنما حلف بالنص فيها إذا كان في مكان ينسب إلى المدعى عليهم والمدعى يدعى القتل عليهم وفيها وراه يقى على أصل القياس وصار كما إذا ادعى القتل على واحد من غيرهم ، وفى الاستحسان تحب القسامة والدية على أهل الحلة لأنه لا فصل في إطلاق النصوص بين دعوى ودعوى فتوجه بالنص لا بالقياس ، بخلاف ما إذا ادعى على واحد من غيرهم ، لأنه ليس فيه نص ، فلو أوجبناها لأوجبناها بالقياس وهو ممتنع ، ثم حكم ذلك أن يثبت ما ادعاه إذا كان له بيته ، وإن لم تكن استحقاقه يمينا واحدة لأنه ليس بقسامة لانعدام النص وامتناع القياس ، ثم إن حلف برى وإن نكل والدعوى في المال ثبت به وإن كان في القصاص فهو على اختلاف مضى في كتاب الدعوى .

قال (وإن لم يكمل أهل الحلة كدورت الأيمان عليهم حتى تتم خمسين) لما روى : أن عمر رضى الله عنه لما قضى في القسامة وفى إليه تبعة وأربعون رجلا فكرر اليمين على رجل منهم ، حتى تمت خمسين ثم قضى بالدية ، وعن شريح والنخعي رضى الله عنهما مثل ذلك ، ولأن الخمسين واجب بالسة فيجب إتمامها ما أمكن ، ولا يطلب فيه الوقوف على الفائدة لثبوتها بالسة ثم فيه استعظام أمر الدم ، فإن كان العدد كاملا طراد الولي أن يكرر على أحدهم فليس له ذلك لأن المصير إلى التكرار ضرورة الإكمال . قال (ولا قسامة على صبي ولا مجنون) لأنهما ليسا من أهل القول الصحيح واليمين قول صحيح .

قال (ولا امرأة ولا عبد) لأنهما ليسا من أهل النصرة واليمين على أهلها .

قال (وإن وجد يمينا لا أثر به فلا قسامة ولادية) لأنه ليس يقتل إذ القتل في الحرف من قاتل حياته بسبب يباشره حتى وهذا ميت حلف أنه والفرامة تتبع فعل العبد والقسامة تتبع احتمال القتل ، ثم يجب عليهم القسم فلا بد من أن يكون به أثر يستدل به على كونه قتيلا ، وذلك بأن يكون به جراحة أو أثر ضرب أو خنق ، وكلما إذا كان خرج الدم من فيه أو دفته لأنه لا يخرج منها إلا بفعل من جهة الحى عادة ، بخلاف ما إذا خرج من فيه أو دبره أو ذكره لأن الدم يخرج من هذه الخارج عادة بفعل أحد ، وقد ذكرناه في التشديد .

(ولو وجد بدن القتيل أو أكثر من نصف البدن أو النصف رجمه الرأس في غلة فعل أهلها القسامة والدية ، وإن وجد نصفه مشقوقا بالطول أو وجد أقل من النصف رجمه الرأس أو وجد يده أو رجله أو رأسه فلا شيء عليهم) لأن هذا حكم عرفناه بالنص ، وقد ورد به في البدن إلا أن للأكثر حكم الكل تمظيا للأدنى بخلاف الأقل لأنه ليس بيدن ولا ملحق به فلا تجرى فيه القسامة ، ولأننا لو اعتبرناه تتكرر القسامتان والدينان بمقابلة نفس واحدة ولا تتواليان ، والأصل فيه أن الموجود الأول إن كان بحال لو وجد الباقي تجرى فيه القسامة لا تجب فيه ، وإن كان بحال لو وجد الباقي لا تجرى فيه القسامة تجب والمعنى ما أشرنا إليه ، وصلاة الجنائزة في هذا تنسحب على هذا الأصل لأنها لا تتكرر .

(ولو وجد فيهم جزيئ أو سقط ليس به أثر للضرب فلا شيء على أهل المحلة) لأنه لا يفوق الكبير حالا (وإن كان به أثر الضرب وهو تام انطلق وجبت القسامة والدية عليهم) لأن الظاهر أن تام انطلق يفصل حيا (وإن كان ناقص انطلق فلا شيء عليهم) لأنه يفصل ميتا لاحيا .

قال (وإذا وجد القتيل على دابة يسوقها رجل فالدية على عاقلته دون أهل المحلة) لأنه في يده فصار كما إذا كان في داره ، وكذا إذا كان قائدها أو راكمها (فإن اجتمعوا فعليه) لأن القتيل في أيديهم فصار كما إذا وجد في دراهم .

قال (وإن مرت دابة بين القريتين وعليها قتيل فهو على أقربهما) لما روى أن النبي عليه الصلاة والسلام أتى بقتيل وجد بين قريتين فأمر أن ينزع ، وعن عمر رضي الله عنه أنه لما كتب إليه في القتيل الذي وجد بين وادعة وأرجب كتب بأن يقيس بين قريتين فوجد القتيل إلى وادعة أقرب فقضى عليهم بالقسامة ، قيل : هذا محمول على ما إذا كان بحيث يبلغ أهله الصوت ، لأنه إذا كان بهذه الصفة يلحقه الغوث فتعنيهم النصرة وقد قصروا .

قالوا (وإن وجد القتيل في دار إنسان فالقسامة عليه) لأن الدار في يده (وللدية على عاقلته) لأن نصرته منهم وقوته بهم .

قال (ولا تدخل السكان في القسامة مع الملاك عند أبي حنيفة) وهو قول محمد (وقال أبو يوسف رحمه الله : هو عليهم جميعا) لأن ولاية التدبير كما تكون بالملاك تكون

بالسكنى ، ألا ترى ، وأنه عليه الصلاة والسلام جعل القسمة والدية على البزء ، وإن كانوا
مكثرا بغير . ولما أن المالك هو المختص بنصرة البقة دون السكان لأن سكنى المالك أزم
وغيرهم أدم فكانت ولاية التدبير إليهم فيحقق التصدير منهم ، ولما أهل غير فالتج
عليه الصلاة والسلام أقرهم على أملاكهم فكان يأخذ منهم على وجه الخراج .

قال (وهى على أهل الخلطة دون المشترين) وهذا قول أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله .
وقال أبو يوسف رحمه الله : الكل مشتركون لأن الضمان إنما يجب بترك الحفظ من له
له ولاية الحفظ وبهذا الطريق يجعل جانباً مقصراً والولاية بأعبار الملك وقد اسعوا فيه ،
ولما أن صاحب الخلطة هو المختص بنصرة البقة هو المتعارف ولأنه أصيل والمفتري
فتميل ولاية التدبير إلى الأصيل ، وقيل أبو حنيفة رحمه الله بنى ذلك على ما شاهد
بالكوفة .

قال (وإن بنى واحد منهم فكل ذلك يعنى من أهل الخلطة لما بينا (وإن لم يبنى واحد
منهم بأن باعوا كلهم فهو على المشترين) لأن الولاية انتقلت إليهم أو خلصت لهم لزوال
من يقتضهم أو يزاحهم (وإذا وجد قتيل في دار فالتسامة على رب الدار وعلى قومها وتدخل
الخلقة في التسامة إن كانوا حضورا ، وإن كانوا غيبا فالتسامة على رب الدار يكره عليه
الإيمان) وهذا عند أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله ، وقال أبو يوسف رحمه الله : لا تسامة على
الخلقة لأن رب الدار أنص به من غيره فلا يشاركه غيره فيها كأهل الخلطة لا يشاركهم
فيها هو القوم . ولما أن الحضور يؤمنهم نصرة البقة كما تلزم صاحب الدار فيشاركونه
في التسامة .

قال (وإن وجد القتيل في دار مشتركة نصفها لرجل وعشرها لرجل ولاخر مائة
فهو على رؤوس الرجال) لأن صاحب القليل يزاحم صاحب الكثير في التدبير فكانوا
سواء في الحفظ والتصدير فيكون على عدد الرموس بمنزلة الشفعة .

قال (ومن اشترى دارا ولم يقبضها حتى وجد فيها قتيل فهو على عاقلة البائع وإن كان
في البيع خيار لأحدهما فهو على عاقلة الذى في يده) وهذا عند أبى حنيفة رحمه الله . وقالوا :
إن لم يكن فيه خيار فهو على عاقلة المشتري ، وإن كان فيه خيار فهو على عاقلة الذى تصير
له لأنه إنما أنزل قاتلا باختيار التصدير في الحفظ ، ولا يجب إلا على من له ولاية الحفظ
والولاية تضاد بالملك ، ولهذا كانت الدية على عاقلة صاحب الدار دون المودع والمالك .

المشتري قبل القبض في البيع البات ، وفي المشروط فيه الخيار يعتبر قرار الملك كما في صدقة الفطر . وله أن القدرة على الحفظ باليد لا بالملك ، ألا يرى أنه يقتدر على الحفظ باليد دون الملك ولا يقتدر بالملك دون اليد ، وفي البات اليد للبائع قبل القبض ، وكذا فيها فيه الخيار لأحدهما قبل القبض لأنه دون البات ، ولو كان المبيع في يد المشتري والخيار له فهو أخص الناس به تصرفا ، ولو كان الخيار للبائع فهو في يده مضمون عليه بالقيمة كالمغصوب فتعتبر يده إذ بها يقدر على الحفظ .

قال (ومن كان في يده دار فوجد فيها قتيلا لم تعقله العاقلة حتى تشهد الشهود أنها للذي في يده) لأنه لا بد من الملك لصاحب اليد حتى تعقل العواقل عنه ، واليد وإن كانت دليلا على الملك لكنها عمتلة فلا تكفي لإيجاب الدية على العاقلة كما لا تكفي لاستحقاق الشفعة به في الدار المشفوعة فلا بد من إقامة البيعة .

قال (وإن وجد قتيلا في سفينة فالقسامة على من فيها من الركاب والملاحين) لأنها في أيديهم واللفظ يشمل أربابها حتى يجب على الأرباب الذين فيها وعلى السكان وكذا على من يندما ، والمالك في ذلك وغير المالك سواء وكذا العجلة ، وهذا على ما روى عن أبي يوسف رحمه الله ظاهر ، والفرق لها أن السفينة تنقل وتحول فيعتبر فيها اليد دون الملك كما في الدابة بخلاف المحلة والدار لأنها لا تنقل .

قال (وإن وجد في مسجد محلة فالقسامة على أهلها) لأن التدبير فيه إليهم (وإن وجد في المسجد الجامع أو الشارع الأعظم فالقسامة فيه والدية على بيت المال) لأنه للعامة لا يختص به واحد منهم ، وكذلك الجسور العامة ومال بيت المال مال عامة المسلمين (ولو وجد في السوق إن كان مملوكا ؛ فعند أبي يوسف رحمه الله : يجب على السكان ، وعندهما على المالك ، وإن لم يكن مملوكا كالشوارع العامة التي بنيت فيها فعلى بيت المال) لأنه لجماعة المسلمين (ولو وجد في السجن فالدية على بيت المال . وعلى قول أبي يوسف رحمه الله الدية والقسامة على أهل السجن) لأنهم سكان وولاية التدبير إليهم والظاهر أن القتل حصل منهم ، وهما يقولان : إن أهل السجن مقهورون فلا يتناصرون ، فلا يتنقل بهم ما يجب لأجل النصرة ولأنه بنى لاستيفاء حقوق المسلمين . فإذا كان غنمه يعود إليهم فغرمه يرجع عليهم ، قالوا هذه فريضة المالك والسكن وهي مختلف فيها بين أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله .

قال (وإن وجد في بركة ليس بقربها عمارة فهو محرم) وتفسير القرب ما ذكرنا من

استماع الصوت لأنه إذا كان بهذه الحالة لا يلحقه الغوث من غيره فلا يوصف أحد بالتصغير ، وهذا إذا لم تكن مملوكة لأحد ، أما إذا كانت فالدية والقسامة على عاقبته (وإن وجد بين قريتين كان على أقربهما) وقد بيناه (وإن وجد في وسط الفرات يمر به الماء فهو مدر) لأنه ليس في يد أحد ولا في ملكه (وإن كان محتسبا بالشاطئ فهو على أقرب القرى من ذلك المكان) على التصير الذي تقدم لأنه أخص بنصرة هذا الموضع فهو كالالموضع على الشط والشط في يد من هو أقرب منه ، إلا ترى أنهم يستقون منه الماء ويوردون بهأنهم فيها ، بخلاف النهر الذي يستحق به الشفعة لاختصاص أهلها به لقيام يدم عليه فتكون القسامة والدية عليهم .

قال (وإن ادعى الولي على واحد من أهل المحلة بعينه لم تسقط القسامة عنهم) وقد ذكرناه وذكرنا فيه القياس والاستحسان .

قال (وإن ادعى على واحد من غيرهم سقطت عنهم) وقد بيناه من قبل . ووجه الفرق هو أن وجوب القسامة عليهم دليل على أن القاتل منهم فتعيينه واحدا منهم لا ينافي ابتداء الأمر لأنه منهم بخلاف ما إذا عين من غيرهم لأن ذلك بيان أن القاتل ليس منهم وهم إنما يفرمون إذا كان القاتل منهم لكونهم قطة تقدير حيث لم يأخذوا على يد الظالم ، ولأن أهل المحلة لا يفرمون بمجرد ظهور القاتل بين أظهرهم إلا بدعوى الولي ، فإذا ادعى القاتل على غيرهم امتنع دعواه عليهم وسقط لفقد شرطه .

قال (وإذا اتقى قوم بالسيوف فأجلوا عن قاتل فهو على أهل المحلة) لأن القاتل بين أظهرهم والحفظ عليهم (إلا أن يدعى الأولياء على أولئك أو على رجل منهم بعينه فلم يكن على أهل المحلة شيء) لأن هذه الدعوى تضمنت براءة أهل المحلة عن القسامة .

قال (ولا على أولئك حتى يقيموا البيعة) لأن بمجرد الدعوى لا يثبت الحق للحديث الذي رويناه أما يسقط به الحق عن أهل المحلة لأن قوله حجة على نفسه (ولو وجد قاتل في معسكر أقاموا بقلاة من الأرض لا ملك لأحد فيها ، فإن وجد في خباء أو فسطاط فعل من يسكنها الدية والقسامة ، وإن كان خارجا من الفسطاط فعل أقرب الأخوية) اعتبارا ليد عند انعدام الملك (وإن كان القوم لقوا قتالا ووجد قاتل بين أظهرهم فلا قسامة ولا دية) لأن الظاهر أن العدو قتل فكان مدرا ، وإن لم يلقوا عدوا فعل ما بيناه (وإن كان للأرض مالك فالمعسكر كالسكان فيجب على المالك عند أبي حنيفة) خلافا لأبي يوسف رحمه الله وقد ذكرناه .

قال (وإذا قال المستحلف قتله فلان استحلف بالله ما قتل ولا عرفت له قاتلا غير فلان) لأنه يريد إسقاط الخصومة عن نفسه بقوله ، فلا يقبل فيحلف على ما ذكرنا ، لأنه لما أقر بالقتل على واحد صار مستثنى عن العيمين فبقى حكم من سواه فيحلف عايه .

قال (وإذا شهد اثنان من أهل المحلة على رجل من غيرهم أنه قتل لم تقبل شهادتهما) وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله . وقالوا : تقبل لأنهم كانوا بعرضية أن يصيروا خصماء ، وقلة بطلت العرضية بدعوى الولي القتل على غيرهم فتقبل شهادتهم كالوكيل بالخصومة إذا عزل قبل الخصومة . وله أنهم خصماء بأزالم قاتلين للتقصير الصادر منهم فلا تقبل شهادتهم ، وإن خرجوا من جملة الخصوم كالوصى إذا خرج من الوصاية بعلمها قبلها ثم شهد ، قال رضى الله عنه : وعلى هذين الأصلين يتخرج كثير من المسائل من هذا الجنس .

قال (ولو ادعى على واحد من أهل المحلة بعينه فشهد شاهدان من أهلها عليه لم تقبل الشهادة) لأن الخصومة قائمة مع الكل على ما بيناه والشاهد يقطعها عن نفسه فكان متهم . وعن أبي يوسف رحمه الله أن الشهود يحلفون بالله ما قتلناه ، ولا يزدادون على ذلك لأنهم أخبروا أنهم عرفوا القاتل :

قال (ومن جرح في قبيلة فقتل إلى أهله فأت من تلك الجراحة فإن كان صاحب فراش حتى مات فالقسامة والدية على القبيلة ، وهذا قول أبي حنيفة رحمه الله ، وقال أبو يوسف رحمه الله : لا قسامة ولا دية) لأن الذى حصل في القبيلة والمحلة ما دون النفس ولا قسامة فيه فصار كما إذا لم يكن صاحب فراش . وله أن الجرح إذا اتصل به الموت صار فتلا ، ولهذا وجب القصاص ، فإن كان صاحب فراش أضيف إليه ، وإن لم يكن احتمل أن يكون الموت من غير الجرح فلا يلزم بالشك .

قال (ولو أن رجلا معه جريح به رمق حمله إنسان إلى أهله فكث يوما أو يومين ، ثم مات لم يضمن الذى حمله إلى أهله في قول أبي يوسف رحمه الله ، وفي قياس قول أبي حنيفة رحمه الله يضمن) لأن يده بمنزلة المحلة فوجوده جريحا في يده كوجوده فيها ، وقد ذكرنا وجهى القولين فيها قبله من مسئلة القبيلة .

(ولو وجد رجل قتيلًا في دار نفسه فديه على عاقلته لورثته عند أبي حنيفة رحمه الله . وقال أبو يوسف ومحمد وزفر رحمهم الله : لا شيء فيه) لأن الدار في يده حين وجد الجريح فيجعل كأنه قتل نفسه فيكون هدرا . وله أن القسامة إنما تجب بناء على ظهور

القتل ولما لا يفتل في الدية من مات قبل ذلك ، وحال ظهور القتل الدار للورثة فتجب على عاقلهم بخلاف المكاتب إذا وجد قتيلا في دار نفسه لأن حال ظهور قتله بقيت الدار على حكم ملكه فيصير كأنه قتل نفسه فيلزم دمه .

(ولو أن رجلين كانا في بيت وليس معهما ثالث فوجد أحدهما مذبوحا ، قال أبو يوسف رحمه الله : يضمن الآخر الدية ، وقال محمد : لا يضمنه) لأنه يحتمل أنه قتل نفسه فكان التوهم ، ويحتمل أنه قتله الآخر فلا يضمنه بالشك . ولأبي يوسف رحمه الله أن الظاهر أن الإنسان لا يقتل نفسه فكان التوهم ساقطا ، كما إذا وجد قتيلا في محلة .

(ولو وجد قتيلا في قرية لامرأة ؛ فعند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله عليها القسامة تكرر عليها الأيمان والدية على عاقلها أقرب القبائل إليها في النسب . وقال أبو يوسف رحمه الله : على العاقلة أيضا) لأن القسامة إنما تجب على من كان من أهل النصرة ، والمرأة ليست من أهلها فأشبهت الصبي . ولما أن القسامة لتني التهمة وتهمة القتل من المرأة متسقة . قال المتأخرون : إن المرأة تدخل مع العاقلة في التحمل في هذه المسئلة لأننا أنزلناها قاتلة ، والقاتل يشارك العاقلة (ولو وجد رجل قتيلا في أرض رجل إلى جانب قرية ليس صاحب الأرض من أهلها قال هو على صاحب الأرض) لأنه أحق بنصرة أرضه من أهل القرية ، والله أعلم

كتاب المعاقل

المعاقل جمع معقلة ، وهي الدية ؛ ونسب الدية عقلا لأنها تعقل الدماء من أن تسفك : أي تمسك .

قال (والدية في شبه العمد والخطأ وكل دية تجب بنفس القتل على العاقلة ، والعاقلة الملقين يعقلون) يعنى يؤدون العقل وهو الدية ، وقد ذكرناه في الديات . والأصل في وجوبها على العاقلة قوله عليه الصلاة والسلام في حديث حم بن مالك رضي الله عنه للأولياء « قوموا غدوه » ولأن النفس محترمة لا وجه إلى الإهدار والخطأ معذور ، وكنا الذي تولى شبه العمد نظر إلى الآلة فلا وجه إلى إيجاب العقوبة عليه ، وفي إيجاب مال عظم إجماعه ولتصله فيصير عقوبة فضع إليه العاقلة تحقيقا للتخفيف ، وإنما جبروا

بالضم لأنه إنما قصر لقوة فيه ، وتلك بأصاره ، وهم العاقلة ، فكانوا هم المقصرين في تركهم مراقبته فخصوا به .

قال (والعاقلة أهل الديوان إن كان القاتل من أهل الديوان يؤخذ من عطايهم في ثلاث سنين) وأهل الديوان أهل الرايات ، وهم الجيش الذين كتبت أساميهم في الديوان ، وهذا عندنا . وقال الشافعي رحمه الله الدية على أهل العشيرة لأنه كان كذلك على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم ، ولا نسخ بعده ولأنه صلة والأولى بها الأقارب :

ولنا قضية عزم رضى الله عنه فإنه لما دون الدواوين جعل العقل على أهل الديوان وكان ذلك بمحض من الصحابة رضى الله عنهم من غير تكبر منهم وليس ذلك ينسخ بل هو تقرير معنى لأن العقل كان على أهل النصرة ، وقد كانت بأنواع القرابة والحلف والولاء والعد ، وفي عهد عمر رضى الله عنه قد صارت بالديوان فيجعلها على أهله أتباعا للمعنى ، ولهذا قالوا لو كان اليوم قوم تلصروهم بالحرف فعاقبتهم أهل الحرفة ، وإن كان بالحلف فأهله والدية صلة كما قال لكن إيجابها فيها هو صلة ، وهو العطاء أولى منه في أصول أموالهم ، والتقدير بثلاث سنين مروى عن النبي عليه الصلاة والسلام وعكس عن عمر رضى الله عنه ولأن الأخذ من العطاء للتخفيف والعطاء يخرج في كل سنة مرة (فإن خرجت العطايا في أكثر من ثلاث سنين أو أقل أخذ منها) لحصول المقصود :

وتأويله : إذا كانت العطايا للسنين المستقبلية بعد القضاء حتى لو اجتمعت في السنين الماضية قبل القضاء ثم خرجت بعد القضاء لا يؤخذ منها لأن الوجوب بالقضاء على ما بين إن شاء الله تعالى ولو خرج القاتل ثلاث عطايا في سنة واحدة معناه في المستقبل يؤخذ منها كل الدية لما ذكرنا ، وإذا كان جميع الدية في ثلاث سنين فكل ثلث منها في سنة ، وإن كان الواجب بالعقل ثلث دية النفس أو أقل كان في سنة واحدة ، وما زاد على الثلث إلى تمام الثلثين في السنة الثانية ، وما زاد على ذلك إلى تمام الدية في السنة الثالثة ، وما وجب على العاقلة من الدية أو على القاتل بأن قتل الأب ابنه عمه فهو في ماله في ثلاث سنين . وقال الشافعي رحمه الله : ما وجب على القاتل في ماله فهو حال لأن التأجيل للتخفيف لتحمل العاقلة فلا يلحق به العمد المحض ، ولنا أن القياس بإياه والشرع ورد به مؤجلا فلا يتعداه ولو قتل عشرة رجلا خطأ فعلى كل واحد عشر الدية في ثلاث سنين اعتبارا للعجز بالكل ، إذ هو بطل النفس وإنما يعتبر مدة ثلاث سنين من وقت

القضاء بالدية لأن الواجب الأصل المثل والتحول إلى القيمة بالقضاء فيعتبر ابتداءها من وقته كما في ولد المنور .

قال (ومن لم يكن من أهل الديوان فعاظته فيئله) لأن نصرته بهم ، وهي المصيرة في المقاتل .

قال (وتقسم عليهم في ثلاث سنين لايزاد الواحد على أربعة دراهم في كل سنينقص منها) قال رضي الله عنه : كذا ذكره القدوري رحمه الله في مختصره وهذا إشارة إلى أنه يزاد على أربعة من جميع الدية ، وقد نص محمد رحمه الله على أنه لايزاد على كل واحد من جميع الدية في ثلاث سنين على ثلاثة أو أربعة فلا يؤخذ من كل واحد في كل سنة إلا درهم أو درهم وثلث درهم وهو الأصح :

قال (وإن لم يكن تسع القبيلة لذلك ضم إليهم أقرب القبائل) معناه نسا كل ذلك المعنى التخفيف ويضم الأقرب فالأقرب على ترتيب المعصيات : الأخوة ثم بنوهم ثم الأعمام ثم بنوهم ، وأما الآباء والأبناء فقبل يدخلون لقرتهم وقيل لا يدخلون لأن الضم لنفي الحرج حتى لا يصيب كل واحد أكثر من ثلاثة أو أربعة ، وهذا المعنى إما يتحقق عند الكثرة والآباء والأبناء لا يكثران وعلى هذا حكم الرابات إذا لم ينسج لذلك أهل راية ضم إليهم أقرب الرابات يعني أقرتهم نصرة إذا حاربهم أمر الأقرب فالأقرب ويفوض ذلك إلى الإمام لأنه هو العالم به ثم هذا كله عندنا وعند الشافعي رحمه الله يجب على كل واحد نصف دينار ، فيسوى بين الكل لأنه صلة فيعتبر بالزكاة وأدائها ذلك إذ خمسة دراهم عندهم نصف دينار ولكننا نقول هي أخط رتبة منها ألا ترى أنها لا تؤخذ من أصل المال فينقص منها تحقيقا لزيادة التخفيف :

(ولو كانت عاقلة الرجل أصحاب الرزق يقضى بالدية في أرزاقهم في ثلاث سنين في كل سنة الثلث) لأن الرزق في حقهم بمنزلة العطاء قائم مقامه إذ كل منهما صلة من بيت المال ثم ينظر إن كانت أرزاقهم تخرج في كل سنة فكما يخرج رزق يؤخذ منه الثلث بمنزلة العطاء ، وإن كان يخرج في كل سنة أشهر ويخرج بعد القضاء يؤخذ منه سدس الدية ، وإن كان يخرج في كل شهر يؤخذ منه كل رزق حصته من الشهر ، حتى يكون المستوفى في كل سنة مقدار الثلث وإن خرج بعد القضاء بيوم أو أكثر أخذ من رزق ذلك الشهر بحصة الشهر ، وإن كانت لهم أرزاق في كل شهر وأعطية في كل سنة فرضت الدية في

الأعطية دون الأرزاق لأنه أبسر إما لأن الأعطية أكثر أو لأن الرزق لكفاية الوقت فيتمسر الأداء منه والأعطيات ليكونوا في الديوان قائمين بالنصرة فيتمسر عليهم .

قال (وأدخل القاتل مع انعقطة فيكون فيها يؤدى كأحدهم) لأنه هو الفاعل فلا معنى لإخراجه ومؤاخذه غيره ، وقال الشافعي رحمه الله : لا يجب على القاتل شيء من الدية اعتباراً للجزء بالكل في النفي عنه والجامع كونه معذوراً .

قلنا : إيجاب الكل إسحاف به ولا كذلك لإيجاب الجزء ولو كان الخاطئ معلوماً فالبرى منه أولى ، قال الله تعالى - ولا تزر وازرة وزر أخرى - (وليس على النساء والذرية ممن كان له حظ في الديوان عقل) لقول عمر رضي الله عنه : لا يعقل مع العاقلة صبي ولا امرأة ، ولأن العقل إنما يجب على أهل النصرة لتركهم مراقبته والناس لا يتناصرون بالعبيان والنساء ، ولهذا لا يوضع عليهم ما هو خلف عن النصرة وهو الجزية ، وعلى هذا لو كان القاتل صبياً أو امرأة لا شيء عليهما من الدية بخلاف الرجل ، لأن وجوب جزء من الدية على القاتل باسبار أنه أحد العواقل لأنه ينصر نفسه ، وهذا لا يوجد فيهما والفرس لهما من المطاء للمعونة بالنصرة كترض أزواج التي عليه الصلاة والسلام ورضي الله عنهم (ولا يعقل أهل مصر عن مصر آخر) يريد به إذا كان لأهل كل مصر ديوان على حدة ، لأن العناصر بالديوان عند وجوده ولو كان باعتبار القرب في السكنى فأهل مصره أقرب إليه من أهل مصر آخر (ويعقل أهل كل مصر من أهل سوادهم) لأنهم أتباع لأهل المصر فزمنهم إذا حزبهم أمر استنصروا بهم فيمقلهم أهل المصر باعتبار معنى القرب في النصرة (ومن كان منزله بالبصرة وديوانه بالكوفة عقل عنه أهل الكوفة) لأنه يستنصر بأهل ديوانه لا بجيرانه .

والحاصل : أن الاستنصار بالديوان أظهر فلا يظهر معه حكم النصرة بالقرابة والنسب والولاء وقرب السكنى وغيره وبعد الديوان النصرة بالنسب على ما بيناه ، وعلى هذا يخرج كثير من صور مسائل الماقل (ومن جنى جناية من أهل المصر وليس له في الديوان حطاء وأهل البادية أقرب إليه ومسكنه المصر عقل عنه أهل الديوان من ذلك المصر) ولم يشترط أن يكون بينه وبين أهل الديوان قرابة ، قبل هو صحيح ، لأن الذين يذبون عن أهل المصر ويقومون بنصرتهم ويدفعون عنهم أهل الديوان من أهل المصر ولا يخصون به أهل المطاء .

وقيل تأويله : إذا كان قريبا لهم ، وفي الكتاب إشارة إليه حيث قال : وأهل البادية أقرب إليه من أهل المصر ، وهذا لأن الوجوب عليهم بحكم القرابة وأهل المصر أقرب منهم مكانا فكانت القدرة على النصرة لهم وصار نظير مشكلة الغيبة المنقطعة (ولو كان البدوي نازلا في المصر لا مسكن له فيه لا يعقله أهل المصر) لأن أهل العطاء لا ينصرون من لا مسكن له فيه كما أن أهل البادية لا تعقل عن أهل المصر النازل فيهم لأنه لا يستنصر بهم (وإن كان لأهل اللمة عواقل معروفة يتماقلون بها فقتل أحدهم قليلا فديته على عاقلته بمنزلة المسلم) لأنهم التزموا أحكام الإسلام في المعاملات لأسباب في المعاني العاصمة عن الأصرار ومعنى التناصر موجود في حقهم (وإن لم تكن لهم عاقله معروفة فالدية في ماله في ثلاث سنين من يوم يقضى بها عليه) كما في حق المسلم لما بينا أن الوجوب على القاتل ، وإنما يتحول عنه إلى العاقلة أن لو وجدت ، فإذا لم توجد بقيت عليه بمنزلة تاجر جريح مسلمين في دار الحرب قتل أحدهما صاحبه يقضى بالدية عليه في ماله ، لأن أهل دار الإسلام لا يعقلون عنه وتمكنه من هذا القتل ليس بنصرتهم (ولا يعقل كافر عن مسلم ولا مسلم عن كافر) لعدم التناصر والكفار يتماقلون فيما بينهم وإن اختلفت مللهم ، لأن الكفر كله ملة واحدة قالوا : هذا إذا لم تكن المعادة فيما بينهم ظاهرة ، أما إذا كانت ظاهرة كاليهود والنصارى يبنون أن لا يتماقلون بعضهم عن بعض ، وهكذا عن أبي يوسف رحمه الله لإنقطاع التناصر ، ولو كان القاتل من أهل الكوفة وله بها عطاء ، فحوك ديوانه إلى البصرة ثم رفع إلى القاضي ، فإنه يقضى بالدية على عاقلته من أهل البصرة .

وقال زفر رحمه الله تعالى : يقضى على عاقلته من أهل الكوفة وهو رواية عن أبي يوسف رحمه الله ، لأن الموجب هو الجنابة وقد تحققت وعاقلته أهل الكوفة وصار كإحدا حوّل بعد القضاء . ولنا أن المال إنما يجب عند القضاء لما ذكرنا أن الواجب هو المظن وبالقضاء ينقل إلى المال ، وكذا الوجوب على القاتل وتحمل عنه عاقلته وإذا كان كذلك يتحمل عنه من يكون عاقلته عند القضاء بخلاف ما بعد القضاء لأن الواجب قد تقرر بالقضاء فلا ينتقل بعد ذلك لكن حصّة القاتل تؤخذ من عطائه بالبصرة لأنها تؤخذ من العطاء وعطاؤه بالبصرة ، بخلاف ما إذا قلت العاقلة بعد القضاء عليهم حيث يصم إليهم أقرب القاتل في النسب ، لأن في القتل إبطال حكم الأول فلا يجوز بحاله ، وفي الضم

تكثر التحملين لما قضى به عليهم فكان فيه تقرير الحكم الأول لا إبطاله ، وعلى هذا لو كان القاتل مسكته بالكوفة وليس له عطاء فلم يقض عليه حتى استوطن البصرة قضى بالدية على أهل البصرة ولو كان قضى بها على أهل الكوفة لم ينتقل عنهم ، وكذا البتوى إذا أُلحق بالديوان بعد القتل قبل القضاء يقضى بالدية على أهل الديوان وبعد القضاء على عاقلة بالبادية لا يتحول عنهم وهذا بخلاف ما إذا كان قوم من أهل البادية قضى بالدية عليهم في أموالهم في ثلاث سنين ثم جعلهم الإمام في العطاء حيث تصبر الدية في أعطياتهم ، وإن كان قضى بها أول مرة في أموالهم لأنه ليس فيه نقض القضاء الأول ، لأنه قضى بها في أموالهم وأعطياتهم أموالهم غير أن الدية تقضى من أيسر الأموال أداء والأداء من العطاء أيسر إذا صاروا من أهل العطاء ، إلا إذا لم يكن مال العطاء من جنس ما قضى به عليه بأن كان القضاء بالإبل والعطاء دراهم فحينئذ لا تتحول إلى دراهم أبدا لما فيه من إبطال القضاء الأول لكن يقضى ذلك من مال العطاء لأنه أيسر .

قال (وعاقلة المحتق قليلة مولاة) لأن النصرة بهم ، يؤيد ذلك قوله عليه الصلاة والسلام « مولى القوم منهم » .

قال (ومولى الموالاة يعقل عنه مولاة وقبيلة) لأنه ولاه بنتاصر به فأشبهه ولاه العاقلة ، وفيه خلاف الشافعي رحمه الله تعالى ، وقد مر في كتاب الولاء .

قال (ولا تعقل العاقلة أقل من نصف عشر الدية ، وتحمل نصف العشر فصاعدا) والأصل فيه حديث ابن عباس رضي الله عنهما موقوفا عليه ومرفوعا إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم « لا تعقل المواقل عبدا ولا عبدا ولا صلحا ولا اعترافا ولا مادون أرض الموضحة » وأرض الموضحة نصف عشر بدل النفس ، ولأن التحمل التحرز عن الاجحاف ولا إجحاف في القليل ، وإنما هو في الكثير ، والتقدير القاضل عرف بالسمع :

قال (وما نقص منه ذلك يكون في مال الجاني) والقياس فيه التسوية بين القليل والكثير فيجب الكل على العاقلة كما ذهب إليه الشافعي رحمه الله أو التسوية في أن لا يجب على العاقلة شيء إلا أنا تركناه بما روينا ، وبما روى أنه عليه الصلاة والسلام أوجب أرض الجنين على العاقلة وهو نصف عشر بدل الرجل على مامر في الديات فا دونه يسلك به مسلك الأموال ، لأنه يجب بالتحكيم كما يجب ضمان المال بالتقويم فلهذا كان في مال الجاني أعطا بالقياس :

قال (ولا تغفل العاقلة جناية العبد ولا ما لزمت بالصلح أو باعتراق الجاني) لما روينا
ولأنه لا تناصر بالعبد، والإقرار والصلح لا يلزمان العاقلة لقصور الولاية عنهم .

قال (إلا أن يصدقوه) لأنه ثبت بتصادقهم ، والإمتناع كان لحقهم ولهم ولاية على
أنفسهم (ومن أقر بقتل خطأ ولم يرفعوا إلى القاضي إلا بعد سنين قضى عليه بالدية في ماله
في ثلاث سنين مع يوم يقضى) لأن التأجيل من وقت القضاء في الثابت بالبينة ففي الثابت
بالإقرار أولى (ولو تصادق القاتل وولى الجناية على أن قاضى بـ كذا قضى بالدية على
حاملته بالكوفة بالبينة وكذبها العاقلة فلا شيء على العاقلة) لأن تصادقهما ليس بحجة عليهم
(ولم يكن عليه شيء في ماله) لأن الدية بتصادقهما تقررت على العاقلة بالقضاء، وتصادقهما
حجة في حقهما بخلاف الأول (إلا أن يكون له عطاء معهم نجند يلزمه بقتل حصه)
لأنه في حق حصته مقرر على نفسه وفي حق العاقلة مقرر عليهم .

قال (وإذا جنى الحر على العبد فقتله خطأ كان على عاقلة قيمته) لأنه بدل النفس على
ما عرف من أصلنا ، وفي أحد قولي الشافعي تحب في ماله لأنه بدل المال عنده . ولهذا يوجب
قيمتها بالغمابلفت ، وما دون النفس من العبد لا تتحمله العاقلة لأنه يسلك به مسلك الأموال
عندنا على ما عرف ، وفي أحد قوليه : العاقلة تتحمله كما في الحر وقد مر من قبل .

قال أصحابنا : إن القاتل إذا لم يكن له عاقلة فالدية في بيت المال لأن جماعة المسلمين هم
أهل نصرته ، وليس بعضهم أخص من بعض بذلك ، ولهذا لو مات كان ميراثه لبيت المال
فكنا ما يلزمه من الغرامة يلزم بيت المال ، وعن أبي حنيفة رحمه الله رواية شاذة أن الدية
في ماله ، ووجهه : أن الأصل أن تجب الدية على القاتل لأنه بدل متلف والإتلاف منه
إلا أن العاقلة تتحملها تحقيقاً للتخفيف على مامر ، وإذا لم يكن له عاقلة عاد الحكم إلى الأصل
(وابن الملاعة نفعه عاقلة أمه) لأن نسبه ثابت منها دون الأب (فإن عقولوا عنه ثم ادعاه
الأب رجعت عاقلة الأم بما أدت على عاقلة الأب في ثلاث سنين من يوم يقضى القاضي
لعاقلة الأم على عاقلة الأب) لأنه تبين أن الدية واجبة عليهم لأن عند الإكذاب ظهر أن
النسب لم يزل كان ثابتاً من الأب حيث بطل اللعان بالإكذاب ، ومتى ظهر من الأصل
هتوم الأم تحملوا ما كان واجبا على قوم الأب فيرجعون عليهم ، لأنهم مضطرون في ذلك
وكذلك إن مات المسكتب عن وفاء وله ولد حر فلم يؤد كتابته حتى جنى ابنه وعقل
هم نمه ثم أدبت الكتابة لأنه عند الأداء يتحول ولاؤه إلى قوم أبيه من وقت حرية الأم

وهو آخر جزء من أجزاء حياته ، فيبين أن قوم الأم قتلوا عنهم فيرجعون عليهم ، وكذلك رجل أمر صبيًا بقتل رجل فقتله فضمنت عاقلة الصبي الدية رجعت بها على عاقلة الأمر إن كان الأمر ثبت بالبينة وفي مال الأمر إن كان ثبت بإقراره في ثلاث سنين من يوم يقضى بها القاضى على الأمر أو على عاقله ، لأن الدييات يجب مؤجلة بطريق التيسير .

قال رضى الله عنه : فهنا عدة مسائل ذكرها محمد رحمه الله مفرقة ، والأصل الذى يخرج عليه أن يقال : حال القاتل إذا تبدل حكمًا فانتقل ولاؤه إلى ولاء سبب أمر حادث لم تنتقل جنائيه عن الأول قضى بها أو لم يقضى ، وإن ظهرت حالة خفية مثل دعوة ولد الملاحنة حولت الجنابة إلى الأخرى وقع القضاء بها أو لم يقع ، ولو لم يختلف حال الجاني ولكن العاقلة تبدلت كان الاعتبار في ذلك لوقت القضاء ، فإن كان قضى بها على الأولى لم تنتقل إلى الثانية وإن لم يكن قضى بها على الأولى فإنه يقضى بها على الثانية ، وإن كانت العاقلة واحدة ملحتها زيادة أو نقصان اشتركوا في حكم الجنابة قبل القضاء وبعد إلا فيما سبق أمادؤه ، فمن أحكم هذا الأصل متأملاً يمكنه التخرج فيما ورد عليه من النظائر والأضداد ، والله أعلم بالصواب .

كتب الرحايا

باب في صفة الوصية : ما يجوز من ذلك وما يستحب منه وما يكون رجوعاً عنه

قال (الوصية غير واجبة وهى مستحبة) والقياس بأبى جوارحاً لأنه تمليك مضاف إلى حال زوال مالكيه ، ولو أضيف إلى حال قيامها بأن قبل ملكك هذا كان باطلاً فهلا أولى إلا أنا استحسناء حاجة الناس إليها ، فإن الإنسان مفرور بأمله مقصر في عمله ، فإن عرض له المرض وخاف البيات يحتاج إلى تلاقى بعد ما فرط منه من التفریط بماله على وجه لو مضى فيه يتحقق مقصده المالى ، ولو أنه تم له البرء بصرفه إلى مطله الحالى وفي شرع الوصية ذلك فشرعناه ومثله في الإجارة بيناه ، وقد تبقى المالكية بعد الموت باختيار الحاجة كما في هوى التجهيز والدين وقد نطق به الكتاب وهو قول الله تعالى — من بعد وصية يوصى بها أو دين — والسنة وهو قول النبی عليه الصلاة والسلام : إن الله تعالى تصدق عليكم بنلت أموالكم في آخر أعماركم زيادة لكم في أعمالكم تضعونها حيث شئتم ، أو قلنا :

حيث أحبتهم ، وعليه إجماع الأمة ، ثم لمصح للأجنبي في الثلث من غير إجازة الورثة له رويتنا ، وسنئين ما هو الأفضل فيه إن شاء الله تعالى .

قال (ولا تجوز بما زاد على الثلث) لقول النبي عليه الصلاة والسلام في حديث سعد ابن أبي وقاص رضي الله عنه : الثلث والثلث كثير ، بعد ما نفي وصيته بالكل والنصف ، ولأنه حق الورثة ، وهذا لأنه انقضى سبب الزوال إليهم وهو استغناؤه عن المال فأوجب جعل حقهم به إلا أن الشرع لم يظهره في حق الأجانب بقدر الثلث ليتدارك تقصيره على ما بيته وأظهره في حق الورثة لأن الظاهر أنه لا يتصدق به عليهم تحمزا عما يقتضي من الإتيار على ما نيتهم ، وقد جاء في الحديث : الحيف في الرعية من أكبر الكبائر ، وفسروه بالزيادة على الثلث وبالوصية للوارث .

قال (إلا أن يميزه الورثة بعد موته وهم كبار) لأن الامتناع لحقهم وهم أسقطوه (ولا محذور لإجازتهم في حال حياته) لأنها قبل ثبوت الحق إذ الحق يثبت عند الموت فكان لم أن يردوه بعد وفاته بخلاف ما بعد الموت ، لأنه بعد ثبوت الحق فليس لم أن يرجعوا عنه لأن الباطل متلاش ، غاية الأمر أنه يستند عند الإجازة ، لكن الاستناد يظهر في حق القائم وهذا قد مضى وتلاشى ، ولأن الحقيقة تثبت عند الموت وقبله يثبت مجرد الحق فلو استند من كل وجه بتقلب حقيقة قبله والرضى ببطلان الحق لا يكون رضا ببطلان الحقيقة ، وكلما إن كانت الوصية للوارث وأجازته البقية فحكمه ما ذكرناه (وكل ما جاز بإجازة الوارث يتملكه المهاز له من قبل الموصي) عندنا ، وعند الشافعي رحمه الله من قبل الوارث ، والمصحح قولنا لأن السبب صدر من الموصي والإجازة رفع المانع وليس من شرطه القبض فصار كالمرتبة إذا أجاز بيع الراهن .

قال (ولا تجوز للقاتل حامدا كان أو خاطئا بعد أن كان مباشرا) لقوله عليه الصلاة والسلام : لا وصية للقاتل ، ولأنه استعمل ما أغره الله تعالى فيحرم الوصية كما يحرم الميراث ، وقوله الشافعي رحمه الله تجوز للقاتل ، وعلى هذا الخلاف إذا أوصى لرجل ثم إنه قتل الموصي تبطل الوصية عندنا وعنده لا تبطل والحجة عليه في الفصلين ما بيناه (ولو أجازتها الورثة جاز عند أبي حنيفة وعندهما الله ، وقال أبو يوسف رحمه الله : لا تجوز) لأن جنايته باقية والامتناع لأجلها ، ولما أن الامتناع لحق الورثة لأن نفع بطلتها يعود إليهم كمنع بطلان الميراث ولاهم لا يرصونها للقاتل كما لا يرصونها لأحتم .

قال (ولا يجوز لوارثه) لقوله عليه الصلاة والسلام : **إن الله تعالى أعطى كل ذي حق حقه** ألا لا وصية لوارث ، ولأنه يأخذ البعض بإثارة البعض في تجزئته قطيعة الرحم ، ولأنه يحيف بالمخيف الذي يرويه ، ويبتز كونه وارثا أو غير وارث وقت الموت لا وقت الوصية لأنه تمليك مضاف إلى ما بعد الموت وحكمه يثبت بعد الموت (والهبة من الميراث للوارث في هذا نظير الوصية) لأنها وصية حكما حتى تنفذ من الثلث ، وإقرار الميراث للوارث على حكمه ، لأنه تصرف في الحال فيعتبر ذلك وقت الإقرار .

قال (إلا أن تجزئها الورثة) ويرى هذا الاستثناء فيأرويه ، ولأن الامتناع لحقهم فنحوز بإجازتهم ، ولو أجاز بعض ورد بعض تجوز على المميز بقدر حصته لولايته عليه وبطل في حق الوارث :

قال (ويجوز أن يوصي المسلم للكافر والكافر للمسلم) فالأول لقوله تعالى - لا ينهاكم الله عن الذين لم يقاتلوكم في الدين - الآية ، والثاني لأنهم بعد الذمة ساووا المسلمين في المعاملات ، ولهذا جاز التبرع من الجانبين في حالة الحياة فكذا بعد الممات (وفي الجامع الصغير : الوصية لأهل الحرب باطلة) لقوله تعالى - إنما ينهاكم الله عن الذين قاتلوكم في الدين - الآية .

قال (وقبول الوصية بعد الموت فإن قبلها الموصى له حال الحياة أو ردّها فلذلك باطل) لأن أوان ثبوت حكمه بعد الموت لتعلقه به فلا يعتبر قبله كما لا يعتبر قبل العقد : قال (ويستحب أن يوصى الإنسان بنون الثلث) سواء كانت الورثة أغنياء أو فقراء لأن في التقيص صلة القريب بترك ماله عليهم بخلاف استحكال الثلث لأنه استيفاء تمام حقه فلا صلة ولا منة ، ثم الوصية بأقل من الثلث أولى أم تركها ؟ قالوا إن كانت الورثة فقراء ولا يستغنون بما يرثون ، الترك أولى لما فيه من الصدقة على القريب ، وقد قال عليه الصلاة والسلام : **أفضل الصدقة على ذي الرحم الكاشح** ، ولأن فيه رعاية حتى للفقراء والقرابة جميعا وإن كانوا أغنياء أو يستغنون بنصيبهم ، فالوصية أولى لأنه يكون صدقة على الأجنبي والترك هبة من القريب ، والأولى أولى لأنه يثنى بها وجه الله تعالى ؛ وقيل في هذا الوجه بخير لاشتغال كل منهما على فضيلة وهو الصدقة والصلة فيخير بين الخيرين :

قال (والموصى به يملك بالقبول) بخلاف لزوم رحمه الله تعالى وهو أحد قول الشافعي رحمه الله ؛ هو يقول الوصية أتمحت للميراث إذ كل منهما شلالة لما أنه انتقال ثم الإرث

يثبت من غير قبول فشكلك الوصية . ولنا أن الوصية إثبات ملك جديد ، ولهذا لا يرد للموصى له بالعيب ولا يرد عليه بالعيب ولا يملك أحد إثبات الملك لغيره إلا بقبوله . أما الثوراة فضلاقة حتى يثبت فيها هذه الأحكام فثبتت جبرا من الشرع من غير قبول .

قال (إلا في مسألة واحدة وهو أن يموت الموصى ثم يموت الموصى له قبل القبول فيدخل الموصى به في ملك ورثته) استحسانا ، والقياس أن تبطل الوصية لما بيننا أن الملك موقوف على القبول فصار كوث المشتري قبل قبوله بعد إيجاب البائع ، وجه الاستحسان أن الوصية من جانب الموصى قد تمت بموته تماما لا يلحقه الفسخ من جهته وإنما توقفت لحق الموصى له فإذا مات دخل في ملكه كما في البيع المشروط فيه الخيار للمشتري إذا مات قبل الإجازة .

قال (ومن أوصى وعليه دين يحيط به لم تجز الوصية) لأن الدين مقدم على الوصية لأنه أهم الحاجتين ، فإنه فرض والوصية تبرع وأبدأ يبدأ بالأهم فالأهم (إلا أن يبرئه الغرماء) لأنه لم يبق الدين فتنفذ الوصية على الحد للمشروع لحاجته إليها .

قال (ولا تصح وصية الصبي) وقال الشافعي رحمه الله : تصح إذا كان في وجوه الخير ، لأن عمر رضى الله عنه أجاز وصية يفاع أو يافع ، وهو الذي رافق الحلم ولأنه نظر له بعمره إلى نفسه في نيل الزنى ولو لم تنفذ يتي على غيره ، ولنا أنه تبرع والصبي ليس من أهله ولأن قوله غير ملزم وو تصحيح وصيته قول بإلزام قوله والأثر محمول على أنه كان قريب العهد بالحلم مجازا أو كانت وصيته في تجهيزه وأمر دفعه وذلك جاز عندنا ، وهو يجرز النواب بالترك على ورثته كما بيناه : والمعتبر في النفع والضرر النظر إلى أوسع التصرفات لا إلى ما يتفق بحكم الحال اعتبره بالطلاق فإنه لا يملكه ولا وصيه ، وإن كان يفتق نافعا في بعض الأحوال ، وكذا إذا أوصى ثم مات بعد الإدراك لعدم الأدلية وقت المباينة ، وكذا إذا قال إذا أدركت فثلث مالى لفلان وصية لفصو أهلية فلا يملكه تحجرا وتطبيقا كافي الطلاق والعاق ، بخلاف العبد والمكاتب لأن أهليتهما مستتمة والمانع حق المولى فنصح إضافته إلى حال سقوطه .

قال (ولا تصح وصية المكاتب وإن ترك وفاء) لأن ماله لا يقبل التبرع . وقيل على قول أبي حنيفة رحمه الله لا تصح ، وعندهما تصح إذا خلا إلى مكاتب يقول كل مملوك أملكه هو أستقبل فهو حر ثم حقق فلك والخلاف فيها معروف عرف في موضعه

قال (وتجوز الوصية للحمل وبالحمل إذا وضع لأقل من ستة أشهر من وقت الوصية) أما الأول فلأن الوصية استخلاف من وجه لأنه يجعله خليفة في بعض ماله والجنين صلح خليفة في الإرث فكذا في الوصية إذ هي أخته إلا أنه يرتد بالرد لما فيه من معنى التملك بخلاف الهبة لأنها تملك محض ولا ولاية لأحد عليه لملكه شيئا. وأما الثاني فلأنه يعرض الموجود إذ الكلام فيما إذا علم وجوده وقت الوصية وبإياها أوسع لحاجة الميت وعجزه. ولهذا نصح في غير الموجود كائنه فلأن نصح في الموجود أولى .

قال (ومن أوصى بجارة إلا حملها صحت الوصية والاستثناء) لأن اسم الحارية لا يتناول الحمل لفظا ولكنه يستحق بالإطلاق تبعا فإذا أفرد الأم بالوصية صح إفرادها ولأنه يصح إفراد الحمل بالوصية فجاز استثناءه ، وهذا هو الأصل أن ما يصح إفراده بالتمتع يصح استثناءه منه إذ لا فرق بينهما وما لا يصح إفراده بالعقد لا يصح استثناءه منه وقد مر في البيوع .

قال (ويحوز للموصى الرجوع عن الوصية) لأنه تبرع لم يتم فجاز الرجوع عنه كالهبة وقد حققناه في كتاب الهبة ولأن القبول يتوقف على الموت والإيجاب يصح إبطاله قبل القبول كما في البيع .

قال (وإذا صرح بالرجوع أو فعل ما يدل على الرجوع كان رجوعا) أما الصريح فظاهر وكذا الدلالة لأنها تعمل عمل الصريح فقام مقام قوله قد أبضت وصار كالتبرع بشرط الخيار ، فإنه يطل الخيار فيه بالدلالة ، ثم كل فعل لو فعله الإنسان في ملك الغير يقطع به حق المالك فإذا فعله الموصى كان رجوعا ، وقد عددنا هذه الأفعال في كتاب الغصب ، وكل فعل يوجب زيادة في الموصى به ولا يمكن تسليم العين إلا بها فهو رجوع إذا فعله مثل السوق يئنه بالسمن والدار يئني فيه الموصى والقطن يحشو به والبطانة يبطن بها والظهار يظهر بها لأنه لا يمكن تسليمه بدون الزيادة ولا يمكن نقضها لأنه حصل في ملك الموصى من جهته بخلاف تجصيص الدار الموصى بها وهدم بنائها لأنه تصرف في التابع وكل تصرف أوجب زوال ملك الموصى فهو رجوع ، كما إذا باع العين الموصى به ثم اشتراه أو وهبه ثم رجع فيه لأن الوصية لا تنفذ إلا في ملكه فإذا أزاله كان رجوعا ، ودبح الشاة الموصى بها وجوع لأنه للصرف إلى حاجته عادة فصار هذا المعنى أصلا أيضا وغسل الثوب الموصى به لا يكون رجوعا لأن من أراد أن يعطى ثوبه غيره يفضله عادة فكان تبرعا .

قال (وإن جحد الوصية لم يكن رجوعا) كذا ذكره محمد رحمه الله وقال أبو يوسف رحمه الله : يكون رجوعا لأن الرجوع نفي في الحال والجمود نفي في الماضي والحال فأولى أن يكون رجوعا ، ولحمد رحمه الله : أن الجمود نفي في الماضي والانتفاء في الحال ضرورة ذلك ، وإذا كان ثابتا في الحال كان الجمود لغوا ، ولأن الرجوع إثبات في الماضي ونفي في الحال والجمود نفي في الماضي والحال فلا يكون رجوعا حقيقة ، ولهذا لا يكون جمود النكاح فرقة (ولو قال لكل وصية أوصيت بها لفلان فهو حرام ووبا لا يكون رجوعا) لأن الوصف يستدعي بقاء الأصل (بخلاف ما إذا قال فهي باطلة) لأنه الذاهب المتلاشي (ولو قال أخرتها لا يكون رجوعا) لأن التأخير ليس للسقوط كتأخير الدين (بخلاف ما إذا قال تركت) لأنه إسقاط (ولو قال العبد الذي أوصيت به لفلان فهو لفلان كان رجوعا) لأن اللفظ يدل على قطع الشركة (بخلاف ما إذا أوصى به لرجل ثم أوصى به لآخر) لأن المحل يحصل الشركة واللفظ صالح لما (وكذا إذا قال فهو لفلان وارثي يكون رجوعا عن الأول) لما بينا ويكون وصية للوارث وقد ذكرنا حكمه (ولو كان فلان الآخر ميتا حين أوصى فالوصية الأولى على حالها) لأن الوصية الأولى إنما تبطل ضرورة كونها للثاني ولم يحقق نفي للأول (ولو كان فلان حين قال ذلك حيا ثم مات قبل موت الموصى فهي هوزة) لبطلان الوصيتين الأولى بالرجوع والثانية بالموت ، والله أعلم بالصواب :

باب الوصية بثلث المال

قال (ومن أوصى لرجل بثلث ماله ولآخر بثلث ماله ولم تجز الورثة فالثلث بينهما) فإنه يضيّق الثلث عن حقيهما إذا لا يزد عليه عند علم الإجازة على ما تقدم وقد تساوى في سبب الاستحقاق فيستويان في الاستحقاق والمحل يقبل الشركة فيكون بينهما (وإن أوصى لأحدهما بالثلث وللآخر بالسلس فالثلث بينهما أثلاثا) لأن كل واحد منهما يمل بسبب صحيح وضاق الثلث عن حقيهما فيقتسمانه على قدر حقيهما كافي أصحاب الديون فيجعل الأقل سهموا الأكثر سهمين ، فصار ثلاثة أسهم : سهم لأصاحب الأقل ، وسهمان لأصاحب الأكثر (وإن أوصى لأحدهما بجميع ماله وللآخر بثلث ماله ولم تجز الورثة فالثلث بينهما على أربعة أسهم عندهما ، وقال أبو حنيفة : الثلث بينهما نصفان ولا يضرب أبو حنيفة للموصى له بما زاد على الثلث إلا في المحاباة والسعاية والبرام المرسلة) لما في الخلافية أن

الموصى قصد شيئين الاستحقاق والتفضيل وامتنع الاستحقاق لحق الورثة ولا مانع من التفضيل فيثبت كفاي المحاباة وأختيها، وله أن الوصية وقعت بغير المشروع عند عدم الإجازة من الورثة ، إذ لا نفاذ لها بحال فيبطل أصلا، والتفضيل يثبت في ضمن الاستحقاق ؛ فيبطل ببطلانه كالمحاباة الثابتة في ضمن البيع بخلاف مواضع الإجماع لأن لها نفاذا في الجملة بدون إجازة الورثة بأن كان في المال سعة فتعتبر في التفاضل لكونه مشروعا في الجملة بخلاف ما نحن فيه ، وهذا بخلاف ما إذا أوصى بعين من تركته وقيمه تزيد على الثلث فإنه يضرب بالثلث وإن اجتمعت أن يزيد المال فيخرج من الثلث لأن هناك الحق تعلق بعين التركة بدليل أنه لو هلك واستفاد مالا آخر تبطل الوصية، وفي الألف المرسلة لو هلكت التركة تنفذ فيها استفاد فلم يكن متعلقا بعين ما تعلق به حق الورثة .

قال (وإذا أوصى بتصيب ابنه فالوصية باطلة ، ولو أوصى بمثل نصيب ابنه جاز) لأن الأول وصية بمال الغير لأن نصيب الابن ما يصيبه بعد الموت، والثاني وصية بمثل نصيب الابن ومثل الشيء غيره وإن كان يتقدر به فيجوز . وقال زفر رحمه الله : يجوز في الأول أيضا فينظر إلى الحال والكل ماله فيه ، وجوابه ما قلنا :

قال (ومن أوصى بسهم من ماله فله أخس سهام الورثة إلا أن ينقص عن السدس خيم له السدس ولا يزداد عليه ، وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله ، وقال له مثل نصيب أحد الورثة ولا يزداد على الثلث إلا أن يجيز الورثة) لأن السهم يراد به أحد سهام الورثة عرفا لاسيما في الوصية والأقل متيقن به فيصرف إليه إلا إذا زاد على الثلث فيرد عليه لأنه لا مزيد عليه عند عدم إجازة الورثة ، وله أن السهم هو السدس هو المروي عن ابن مسعود رضي الله عنه وقد رفعه إلى النبي عليه الصلاة والسلام فيما يروى ، ولأنه يذكر ويراد به السدس فإن إياسا قال : السهم في اللغة عبارة عن السدس، ويذكر ويراد به سهم من سهام الورثة فيعطى ما ذكرنا . قالوا هذا كان في عرفهم وفي عرفنا السهم كالجزم .

قال (ولو أوصى بجزء من ماله قيل للورثة أعطوه ما شئتم) لأنه مجهول يتناول التقليل والكثير غير أن الجهالة لا تمنع صحة الوصية والورثة قائمون مقام الموصى فإليهم البيان .

قال (ومن قال سدس مالي لفلان ثم قال في ذلك المجلس أوفى مجلس آخر له ثلث مالي وأجازت الورثة فله ثلث المال ويدخل السدس فيه ومن قال سدس مالي لفلان ، ثم قال في

ذلك المجلس أوصى غيره سلس مالى لفلان فله سلس واحد) لأن السلس ذكر مرة بالإنشقة إلى المال والمرقة إذ أعيدت يراد بالثاني عين الأول هو المهود فى اللغة .

قال (ومن أوصى بثلاث دراهمه أو بثلاث خنمه فهلك ثلثا ذلك وبقي ثلثه وهو يخرج من ثلث مابق من ماله فله جميع مابق) وقال زفر رحمه الله تعالى : له ثلث مابق لأن كل واحد منهما مشترك بينهما ، والمال المشترك يتوى ماتوى منه على الشركة ويبقى مابق عليها وصار كما إذا كانت التركة أجناساً مختلفة . ولنا أن فى المجلس الواحد يمكن جمع حق أحدهم فى الواحد ولهذا يجرى فيه الجبر على القسمة ، وفيه جمع والوصية مقدمة فجعلناها فى الواحد الباقي وصارت الدراهم كالدراهم بخلاف الأجناس المختلفة لأنه لا يمكن الجمع فيها جبراً فكذلك تقديمها .

قال (ولو أوصى بثلاث ثيابه فهلك ثلثها وبقي ثلثها وهو يخرج من ثلث مابق من ماله لم يستحق إلا ثلث مابق من الثياب) قالوا هذا إذا كانت الثياب من أجناس مختلفة ، ولو كانت من جنس واحد فهو بمنزلة الدراهم ، وكذلك المسكيل والموزون بمنزلة لأنه يجرى فيه الجمع جبراً بالقسمة (ولو أوصى بثلاث ثلاثة من رقيقه فمات اثنان لم يكن له إلا ثلث الباقي وكذا الدور المختلفة) وقيل هذا على قول أبى حنيفة رحمه الله وحده لأنه لا يرى الجبر على القسمة فيها ، وقيل هو قول للكل لأن هاتهما للقاضى أن يجتهد ويجمع وبدون ذلك يتخذ الأول أشبه لفقهاء المذكور .

قال (ومن أوصى لرجل بألف درهم وله مالى عين ودين فلان خرج الألف من ثلث العين دفع إلى الموصى له) لأنه أمكن إيفاء كل ذى حق حقه من غير بخش ، فيصار إليه وإن لم يخرج دفع إليه ثلث الدين ، وكلما خرج شئ من الدين أخذ ثلثه حتى يستوفى الألف لأن الموصى له شريك الوارث وفى تخصيصه بالعين بخش فى حق الورثة لأن للعين فضلاً عن الدين ولأن الدين ليس بمال فى معاق الحال وإنما يصير مالا عند الاستيفاء فلانما يعتدل النظر بما ذكرناه .

قال (ومن أوصى لزيد وعمرو بطم ماله فإذا عمرو ميت فالثالث كله لزيد) لأن الميت ليس بأهل للوصية فلا يزاحم الحى الذى هو من أهلها كما إذا أوصى لزيد وجدار ، وعن أبى يوسف رحمه الله : أنه إذا لم يعلم بموته فله نصف الثالث لأن الوصية عنده صحيحة لعمرو فلم يرش لى إلا نصف الثالث ، بخلاف ما إذا علم بموته : لأن الوصية لميت لغو فكان

راضيا بكل الثلث للحى . وإن قال : ثلث مالى بين زيد وعمرو وزيد ميت كان لعمره نصف الثلث لأن قضية هذا اللفظ أن يكون لكل واحد منهما نصف الثلث بخلاف ما تقدم ، ألا ترى أن من قال : ثلث مالى أزيد وسكت كان له كل الثلث ، ولو قال : ثلث مالى بين فلان وسكت لم يستحق الثلث .

قال (ومن أوصى بثلث ماله ولا مال له واكتسب مالا استحق الموصى له ثلث ما يملكه عند الموت) لأن الوصية عقد استخلاف مضاف إلى ما بعد الموت ويثبت حكمه بعد فيشرط وجود المال عند الموت لأقبله ، وكذلك إذا كان له مال فهلك ثم اكتسب مالا لما بينا ، ولو أوصى له بثلاث غنمه ، فهلك الغنم قبل موته أو لم يكن له غنم في الأصل ، فالوصية باطلة لما ذكرنا أنه إيجاب بعد الموت ، فيعتبر قيامه حينئذ ، وهذه الوصية تملك بالعين ، فتبطل بفواته عند الموت ، وإن لم يكن له غنم فاستفاد ثم مات فالصحيح أن الوصية تصح لأنها لو كانت بلفظ المال نصح فكلما إذا كانت باسم نوعه ، وهذا لأن وجوده قبل الموت فضل والمعتبر قيامه عند الموت ، ولو قال له شاة من مالى ، وليس له غنم يعطى قيمة شاة لأنه لما أضافه إلى المال علمنا أن مراده الوصية بمالية الشاة إذ ماليها توجد في مطلق المال ، ولو أوصى بشاة ولم يصفه إلى ماله ولا غنم له ، قيل لا يصح لأن المصحح إضافة إلى المال وبدونها تعتبر صورة الشاة ومعناها ، وقيل نصح لأنه لما ذكر الشاة وليس في ملكه شاة علم أن مراده المالية ، ولو قال : شاة من غنمى ولا غنم له فالوصية باطلة لأنه لما أضافه إلى الغنم علمنا أن مراده عين الشاة حيث جعلها جزءا من الغنم ، بخلاف ما إذا أضافه إلى المال ، وعلى هذا يخرج كثير من المسائل .

قال (ومن أوصى بثلث ماله لأمهات أولاده ومن ثلث والفقراء والمساكين فلهن ثلاثة أسهم من خمسة أسهم) قال رضى الله عنه : وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله ، وعن محمد رحمه الله : أنه يقسم على سبعة أسهم : لهن ثلاثة ولكل فريق مهمان ، وأصله : أن الوصية لأمهات الأولاد جائزة والفقراء والمساكين جنسان وقسرناهما في الزكاة ، فحمد رحمه الله : أن المذكور لفظ الجمع وأذناه في الميراث اثنان مجد ذلك في القرآن ، فكان من كل فريق اثنان ، وأمهات الأولاد ثلاث فلهذا يقسم على سبعة ، ولما أن الجمع المحلى بالألف واللام يراد به الجنس ، وأنه يتناول الأدنى مع احتيال الكل لاسيا عند تعلل صرفه إلى الكل فيعتبر من كل فريق واحد فبلغ الحساب خمسة والثلاثة للثلاث .

قال (ولو أوصى بثلثه لفلان وللماكين فنصفه لفلان ونصفه للمساكين عندهما) وعند صدره الله ثلثه لفلان وثلثاه للمساكين ، ولو أوصى للمساكين له صرفه إلى مسكين واحد عندهما ، وعنده لا يصرف إلا إلى مسكينين بناء على ما بيناه :
قال (ومن أوصى لرجل بمائة درهم ولآخر بمائة ، ثم قال لآخر قد أشركك بهما فله ثلث كل مائة) لأن الشركة للمساواة لغة ، وقد أمكن إثباته بين الكل بما قلناه لاتحاد المال ، لأنه يصيب كل واحد منهم ثلثا مائة بخلاف ما إذا أوصى لرجل بأربع مائة ولآخر بمائتين ثم كان الإشراك ، لأنه لا يمكن تحقيق المساواة بين الكل لتفاوت المائتين فحملناه على مساواته كل واحد بتنصيف نصيبه عملا بالقول بقدر الإمكان :

قال (ومن قال لفلان على دين فصدقه) معناه قال ذلك لورثته (فإنه يصدق إلى الثلث) وهذا استحسان ، وفي القياس لا يصدق لأن الإقرار بالجهول وإن كان صحيحا لكنه لا يحكم به إلا بالبيان ، وقوله فصدقه صدر مخالفا للشرع لأن المذمى لا يصدق إلا بحجة فتعذر إثباته إقرارا مطلقا فلا يعتبر ، وجه الاستحسان : أنا نعلم أن من قصده تقديمه على الورثة ، وقد أمكن تنفيذ قصده بطريق الوصية ، وقد يحتاج إليه من يعلم بأصل الحق عليه دون مقداره سعيا منه في تفرغ ذمته ، فيجعلها وصية جعل التقدير فيها إلى الموصى له كأنه قال إذا جاءكم فلان وادعى شيئا فأعطوه من مالي ما شاء وهذه معتبرة من الثلث فلهذا يصدق على الثلث دون الزيادة .

قال (وإن أوصى بوصايا غير ذلك يعزل الثلث لأصحاب الوصايا والثلثان للورثة) لأن ميراثهم معلوم ، وكذا الوصايا معلومة وهذا مجهول ، فلا يزاحم المعلوم فيقدم عزل المعلوم وفي الإفراز فائدة أخرى ، وهو أن أحد الفريقين قد يكون أعلم بمقدار هذا الحق وأبصر به والآخر ألد خصاما وعسام يحتفظون في الفضل إذا ادعاه الخصم ، وبعد الإفراز يصح إقرار كل واحد فيما قد يده من غير منازعة (وإذا عزل يقال لأصحاب الوصايا صدقوه فيما شتم ويقال للورثة صدقوه فيما شتم) لأن هذا دين في حق المستحق وصية في حق التنفيذ فلذا أقر كل فريق بشيء ظهر أن في التركة ديننا شامعا في النصيبين (فيؤخذ أصحاب الثلث بثلث ما ألفروا والورثة بثلث ما أقروا) تنفيذا لإقرار كل فريق في قدر حقه ، وعلى كل فريق منهما الجمين على العلم إن ادعى المقر له زيادة على ذلك لأنه يخاف على ما جرى بينه وبين غيره .

قال (ومن أوصى لأجنبي ولوارثه فلا لأجنبي نصف الوصية وبطل وصية الوارث) لأنه أوصى بما يملك اليبصاء به وبما لا يملك فصيح في الأول وبطل في الثاني ، بخلاف ما إذا أوصى لحي وميت ، لأن الميت ليس بأهل للوصية فلا يصلح مزاحما فيكون الكل للحي والوارث من أهلها ، ولهذا تصح بإجازة الورثة فافترقا ، وعلى هذا إذا أوصى للقاتل وللأجنبي ، وهذا بخلاف ما إذا أقر بعين أو دين لوارثه وللأجنبي حيث لا يصح في حق الأجنبي أيضا لأن الوصية إنشاء تصرف والشركة تثبت حكاه ، فتصح في حق من يستحقه منها ، وأما الإقرار فإخبار عن كائن وقد أخبر بوصف الشركة في الماضي ، ولا وجه إلى إثباته بدون هذا الوصف لأنه خلاف ما أخبر به ولا إلى إثبات الوصف لأنه يصير الوارث فيه شريكا ، ولأنه لو قبض الأجنبي شيئا كان للوارث أن يشاركه فيبطل في ذلك القدر ثم لا يزال يقبض ويشاركه الوارث حتى يبطل الكل فلا يكون مفيدا وفي الإنشاء حصص أحدهما ممتازة عن حصص الآخر بقاء وبطلانا .

قال (ومن كان له ثلاثة أثواب جيد ووسط ووردي فأوصى بكل واحد لرجل فضاع ثوب ولا يدري أيها هو والورثة تجحد ذلك فالوصية باطلة) ومعنى جحودهم أن يقول الورث لكل واحد منهم بعينه الثوب الذي هو حقه قد هلك فكان المستحق مجهولا وجهاله تمنع حصة القضاء وتحصيل المقصود فبطل .

قال (إلا أن يسلّم الورثة الثوبين الباقيين فإن سلموا زال المانع وهو الجحود فيكون لصاحب الجيد ثلثا الثوب الأجرد ولصاحب الأوسط ثلث الجيد وثلث الأدون ثبت الأدون ولصاحب الأدون ثلثا الثوب الأدون) لأن صاحب الجيد لاحق له في الرديء يبقين ، لأنه إما أن يكون وسطا أو رديئا ولا حق له فيهما وصاحب الرديء لاحق له في الجيد الباقي يبقين ، لأنه إما أن يكون جيدا أو وسطا ولا حق له فيهما ، ويحتمل أن يكون الرديء هو الرديء الأصل فيعطى من محل الاحتمال ، وإذا ذهب ثلثا الجيد وثلثا الأدون لم يبق إلا ثلث الجيد وثلث الرديء فيعين حق صاحب الوسط فيه بعينه ضرورة .

قال (وإذا كانت الدار بين رجلين فأوصى أحدهما ببيت بعينه لرجل فلها تقسم ، فإن وقع البيت في نصيب الموصى فهو للموصى له) عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله . وعند محمد نصفه للموصى له ، وإن وقع في نصيب الآخر ، فللموصى له مثل ذرع البيت ، وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله . وقال محمد رحمه الله : مثل ذرع نصف

البيت . له أنه أوصى بملكه وملك غيره لأن الدار بجميع أجزائها مشتركة فينفذ الأول ويوقف الثاني ، وهو إن ملكه بعد ذلك بالقسمة التي هي مبادلة لانفذ الوصية الساقفة ، كما إذا أوصى بملك الغير ، ثم اشتراه ثم إذا اقتسموها ووقع البيت في نصيب الموصى تنفذ الوصية في عين الموصى به وهو نصف البيت ، وإن وقع في نصيب صاحبه له مثل فروع نصف البيت تنفيذا للوصية في بدل الموصى به عند هوانه كالجارية الموصى بها إذا قتلت خطأ تنفذ الوصية في بدلها ، بخلاف ما إذا بيع العبد الموصى به ، حيث لا تتعلق الوصية بشئ ، لأن الوصية تبطل بالإقدام على البيع على ما بيناه ، ولا تبطل بالقسمة .

ولها أنه أوصى بما يستقر ملكه فيه بالقسمة لأن الظاهر أنه بقصد الإصاء بملك متنع به من كل وجه وذلك يكون بالقسمة لأن الانتفاع بالمشاع قاصر وقد استقر ملكه في جميع البيت إذا وقع في نصيبه فتنفذ الوصية فيه ، ومعنى المبادلة في هذه القسمة تابع وإنما المقصود الإلزام تكميلا للمنفعة ، ولهذا يجبر على القسمة فيه ، وعلى اعتبار الإفراز بصير كأن البيت ملكه من الابتداء ، وإن وقع في نصيب الآخر تنفذ في قدر ذرعان جميعه مما وقع في نصيبه إما لأنه عوفه كما ذكرناه أو لأن مراد الموصى من ذكر البيت التقدير به تحصيل المقصود ما أمكن إلا أنه بتعين البيت إذا وقع في نصيبه جمعا بين الجهتين التقدير والتملك ، وإن وقع في نصيب الآخر علمنا بالتقدير أو لأنه أراد التقدير على اعتبار أحد الوجهين والتمليك بعينه على اعتبار الوجه الآخر كما إذا علق علق الولد وطلاق المرأة بأول ولد تلده أمه ، فالمراد في جزاء الطلاق مطلق الولد وفي العلق ولد حي ، ثم إذا وقع البيت في نصيب غير الموصى والدار مائة ذراع والبيت عشرة أذرع ، يقسم نصيبه بين الموصى له وبين الورثة على عشرة أسهم تسعة منها للورثة وسهم للموصى له ، وهذا عند محمد رحمه الله ، فيضرب الموصى له بخمسة أذرع ونصف البيت وهم بنصف الدار سوى البيت وهو خمسة وأربعون ، فيجعل كل خمسة سهمين فيعبر عشرة . وعندهما يقسم على أحد عشر سهمين ، لأن الموصى له يضرب بالعشرة وهم بخمسة وأربعين ، فتعبر السهام أحد عشر للموصى له سهمان ولم تسعة ، ولو كان مكان الوصية إقرار قبيل هو على الخلاف ، وقيل لا خلاف فيه . فمحمد رحمه الله بالفرق له أن الإفراز بملك الغير صحيح ، حتى أن من أقر بملك الغير لغيره ثم ملكه يؤمر بالتسليم إلى المقر له والوصية بملك الغير لا تصح حتى لو ملكه بوجه من الوجوه ثم مات لا تصح وصيته ولا تنفذ .

قال (ومن أوصى من مال رجل لآخر بألف بعينه فأجاز صاحب المال بعد موت الموصى فإن دفعه فهو جائز وله أن يمنع) لأن هذا تبرع بمال الغير فيتوقف على إجازته ، وإذا أجاز يكون تبرعاً منه أيضاً فله أن يمنع من التسليم ، بخلاف ما إذا أوصى بالزيادة على الثلث وأجازت الورثة ، لأن الوصية في مخرجها صحيحة لمصادفتها ملك نفسه والامتناع لحق الورثة فإذا أجازوها سقط حقهم فنفذ من جهة الموصى .

قال (وإذا اقتسم الابنان تركه الأب ألفاً ثم أقر أحدهما لرجل أن الأب أوصى له بنثل ماله فإن المقر يعطيه ثلث مافي يده) وهذا استحسان ، والقياس أن يعطيه نصف مافي يده ، وهو قول زفر بنحه الله ، لأن إقراره بالثلث له تضمن إقراره بمساواته إياه والتسوية في إعطاء النصف ليرثي له النصف . وجه الاستحسان أنه أقر له بنثل شائع في التركة وهي في أيديهما فيكون مقراً بنثل مافي يده ، بخلاف ما إذا أقر أحدهما بدين لغيره لأن الدين مقدم على الميراث ، فيكون مقراً بتقديمه فيقدم عليه . أما الموصى له بالثلث شريك الورث فلا يسلم له شيء إلا أن يسلم للورثة مثله ، ولأنه لو أخذ منه نصف مافي يده فربما يقر الابن الآخر به أيضاً فيأخذ نصف مافي يده فيصير نصف التركة فيزاد على الثلث .

قال (ومن أوصى لرجل بجارية فولدت بعد موت الموصى ولدا وكلاهما يخرجان من الثلث فهما للموصى له) لأن الأم دخلت في الوصية أصالة والولد تبعاً حين كان متصلاً بالأم فإذا ولدت قبل القسمة والتركة قبلها مبقاة على ملك الميت حتى يقضى بها ديونه دخل في الوصية فيكونان للموصى له (وإن لم يخرجاً من الثلث ضرب بالثلث وأعطى ما يخصه منهما جميعاً في قول أبي يوسف وعمره وجهها الله . وقال أبو حنيفة : يأخذ ذلك من الأم ، فإن فضل شيء أخذه من الولد) وفي الجامع الصغير عين صورة وقال رجل له ستائة درهم وأمة تساوي ثلثائة درهم فأوصى بالجارية لرجل ثم مات فولدت ولداً يساوي ثلثائة درهم قبل القسمة ، فلموصى له الأم وثلث الولد عنده ، وعندهما له ثلثا كل واحد منهما . لهما ما ذكرنا أن الولد دخل في الوصية تبعاً حالة الاتصال فلا يخرج عنها بالانفصال كما في البيع والعق فتنفذ الوصية فيهما على السواء من غير تقديم الأم . وله أن الأم أصل والولد تبع والتبع لا يزاحم الأصل ، فلو نفذنا الوصية فيهما جميعاً انتقضت الوصية في بعض الأصل وذلك لا يجوز ، بخلاف البيع لأن تنفيذ البيع في التبع لا يؤدي إلى نقضه في الأصل بل يبقى تاماً صحيحاً فيه ، إلا أنه لا يقابله بعض الميراث

ضرورة مقابلته بالولد إذا اتصل به القبض ، ولكن الثمن تابع في البيع حتى ينقذ البيع بدون ذكره وإن كان قاسما (هذا إذا ولدت قبل القسمة ، فإن ولدت بعد القسمة فهو للموصى له) لأنه نجاه خالص ملكه لتقرر ملكه فيه بعد القسمة .

فصل في اعتبار حالة الوصية

قال (وإذا أقر المريض لامرأة بدين أو أوصى لها بشيء أو وهب لها ثم تزوجها ثم مات جاز الإقرار وبطلت الوصية والهبة) لأن الإقرار ملزم بنفسه وهي أجنبية عند صدوره ولهذا يعتبر من جميع المال ، ولا يطل بالدين إذا كان في حالة الصحة أو في حالة المرض ، إلا أن الثاني يؤخر عنه ، بخلاف الوصية لأنها إيجاب عند الموت وهي ولوة عند ذلك ولا وصية للوارث ، والهبة وإن كانت منجزة صورة فهي كالمضاف إلى ما بعد الموت حكما لأن حكمها يقرر عند الموت ، ألا ترى أنها تبطل بالدين المستغرق وعند علم الدين تعتبر من الثلث .

قال (وإذا أقر المريض لابنه بدين وابنه نصراني أو وهب له أو أوصى له فأسلم الابن قبل موته بطل ذلك كله) أما الهبة والوصية فلما قلنا : إنه واثق عند الموت ، وهما إيجابان عنده أو بعده ، والإقرار وإن كان ملزما بنفسه ولكن سبب الإرث وهو البتة قائم وقت الإقرار فيعبر في إرثات تهمة الإقرار ، بخلاف ما تقدم لأن سبب الإرث الزوجية وهي طلقة ، حتى لو كانت الزوجية قائمة وقت الإقرار وهي نصرانية ثم أسلمت قبل موته لا يصح الإقرار لقيام السبب حال صدوره ، وكذا لو كان الإبن عبدا أو مكاتبا فأعقبا لا ذكرنا . وذكر في كتاب الإقرار إن لم يكن عليه دين يصح لأنه أقر لمولاه وهو أجنبي ، وإن كان عليه دين لا يصح لأنه إقرار له وهو ابنه والوصية باطلة لما ذكرنا أن المحبر فيها وقت الموت . وأما الهبة فيرى أنها تصح لأنها تمليك في الحال وهو رقيق ، وفي حكمة الروايات هي في مرض الموت بمنزلة الوصية فلا تصح .

قال (والمتعد والمفلوج والأشل والمسلول إذا تطلو ذلك ولم يخف منه الموت فهبته من جميع المال) لأنه إذا تقدم العهد صار طبعا من طباعه ولهذا لا يشتغل بالتداوى ، ولو صار صاحب فراش بعد ذلك فهو كمرض حادث (وإن وهب عندما أصابه ذلك ومات من أيامه فهو من الثلث إذا صار صاحب فراش) لأنه يخاف منه الموت ولهذا يتداوى فهو كمرض الموت ، والله أعلم بالصواب .

باب العتق في مرض الموت

قال (ومن أعتق في مرضه عبدا أو باع وحابي أو وهب فذلك كله جائز وهو معتبر من الثلث ويضرب به مع أصحاب الوصايا) وفي بعض النسخ : فهو وصية مكان قوله جائز ، والمراد الاعتبار من الثلث والضرب مع أصحاب الوصايا لا حقيقة الوصية ، لأنها إيجاب بعد الموت ، وهذا منجز غير مضاف ، واعتباره من الثلث لتعلق حق الورثة ، وكذلك ما ابتدأ المريض لإيجابه على نفسه كالفضان والكفالة في حكم الوصية لأنه يتم فيه كما في الهبة ، وكل ما أوجبه بعد الموت فهو من الثلث ، وإن أوجبه في حال صحته اعتباراً بحالة الإضافة دون حالة العقد وما نفذ من التصرف ، فالمعتبر فيه حالة العقد ، فإن كان صحيحاً فهو من جميع المال ، وإن كان مريضاً فن الثلث ، وكل مرض صح منه فهو كحال الصحة لأن بالبرء تبين أنه لاحق لأحد في ماله .

قال (وإن حابي ثم أعتق وضاق الثلث عنهما فالهباة أولى عند أبي حنيفة رحمه الله ، وإن أعتق ثم حابي فوهما سواء ، وقالا : العتق أولى في المسثلين) والأصل فيه أن الوصايا إذا لم يكن فيها ما جاوز الثلث فكل من أصابها يضرب بجميع وصيته في الثلث لا يقدم البعض على البعض إلا العتق الموقف في المرض ، والعتق المعلق بموت الموصى كالتدبير الصحيح . ، والهباة في البيع إذا وقعت في المرض ، لأن الوصايا قد تساوت والتساوى في سبب الاستحقاق يوجب التساوى في نفس الاستحقاق ، وإنما قدم العتق الذي ذكرناه آنفاً لأنه أقوى ، فإنه لإلحقه الفسخ من جهة الموصى وغيره يلحقه ، وكذلك الهباة لإلحقها الفسخ من جهة الموصى ، وإذا تقدم ذلك فما بقي من الثلث بعد ذلك يستوى فيه من سواهما من أهل الوصايا ، ولا يقدم البعض على البعض . لما في الخلافية أن العتق أقوى لأنه لإلحقه الفسخ والهباة يلحقها ، ولا معتبر بالتقديم في الذكر لأنه لا يؤجّب التقدم في الثبوت . وله أن الهباة أقوى لأنها تثبت في ضمن عقد المعاوضة ، فكان تبرعا بمعنى لا بصيغته ، والإعتاق تبرع صيغة ومعنى ، فإذا وجدت الهباة أو لا دفع الأضعف ، وإذا وجد العتق أولا وثبت وهو لا يحتمل الدفع كان من ضرورته المزاخة ، وعلى هذا قال أبو حنيفة رحمه الله : إذا حابي ثم أعتق ثم حابي قسم الثلث بين الهاباتين نصفين لتساويهما ، ثم ما أصلب

المحاباة الأخيرة قسم بينها ، وبين العتق ، لأن العتق مقدم عليها فيسويان ، ولو أعتق ثم حابى
ثم أعتق قسم الثلث بين العتق الأول والمحاباة نصفين وما أصاب العتق قسم بينه وبين العتق
الثانى ، وعندهما العتق أولى بكل حال .

قال (ومن أوصى بأن يعنى عنه بهذه المائة عبد فهلك منها درهم لم يعنى عنه بما ينى
عند أبي حنيفة رحمه الله وإن كانت وصيته بحجة ينج عنه بما ينى من حيث يبلغ ، وإن لم
يهلك منها وبقي شيء من الحجة يرد على الورثة . وقالوا : يعنى عنه بما ينى) لأنه وصية
بنوع قرينة فيجب تنفيذها ما أمكن اعتباراً بالوصية بالحج . وله أنه وصية بالعتق لعبد
يشترى بمائة وتنفيذها فممن يشتري بأقل منه تنفيذ لغير الموصى له ، وذلك لا يجوز ،
بخلاف الوصية بالحج لأنها قرينة محضة ، وهى حق لله تعالى والمستحق لم يتبدل ، فصار
كما إذا أوصى لرجل بمائة فهلك بعضها يدفع الباقي إليه .

وقيل هذه المسئلة جناء على أصل آخر يختلف فيه ، وهو : أن العتق حق الله تعالى
عندهما حتى تقبل الشهادة عليه من غير دعوى فلم يتبدل المستحق ، وعنده حق العبد حتى
لا تقبل البيعة عليه مع غير دعوى فاختلف المستحق وهذا أشبه .

قال (ومن ترك أبنين ومائة درهم وعبد قيمته مائة درهم وقد كان أعتقه في مرضه
فأجاز الوارثان ذلك لم يسع في شيء) لأن العتق في مرض الموت وإن كان في حكم
الوصية وقد وقعت بأكثر من الثلث إلا أنها تجوز بإجازة الورثة لأن الامتناع لحقهم
وقد أسقطوه .

قال (ومن أوصى بعتق عبده ثم مات فجنى جنابة ودفع بها بطلت الوصية) لأن الدفع
قد صح لما أن حق ولي الجنابة مقدم على حق الموصى ، فكذلك على حق الموصى له لأنه
يتلقى الملك من جهة إلا أن ملكه فيه باق وإنما يزول بالدفع ، فإذا خرج به عن ملكه
بطلت الوصية كما إذا باعه الموصى أو وارثه بعد موته ، فإن فداء الورثة كان الفداء في ما لهم
لأنهم هم الذين التزموا وسحازت الوصية لأن العبد ظهر عن الجنابة بالفداء كأنه لم يمين
فتنفذ الوصية .

قال (ومن أوصى بثلث ماله لآخر فأقر الموصى له والوارث أن الميت أعتق هذا العبد
فقال الموصى له : أعتقه في الصحة وقال الوارث : أعتقه في المرض ، فالقول قول الوارث
ولا شيء للموصى له إلا أن يفصل من الثلث شيء أو تقوم له البيعة أن العتق في الصحة)

لأن الموصى له يدهى استحقاق ثلث ما بقي من التركة بعد العتق، لأن العتق في الصحة ليس بوصية، ولهذا ينفذ من جميع المال والوارث ينكر، لأن مدعاه العتق في المرض وصية، والعتق في المرض مقدم على الوصية بثلث المال فكان منكرا، والقول قوله المنكر مع العيين، ولأن العتق جاد، والحوادث تضاف إلى أقرب الأوقات لتيقن بها، فكان الظاهر شاهدا للوارث فيكون القول قوله مع العيين، إلا أن يفضل شيء مع الثلث على قيمة العبد، لأنه لا مزاحم له فيه أو تقوم له البيئة أن العتق في الصحة لأن الثابت بالبيئة كالثابت معاينة، وهو خصم في إقامتها لإثبات حقه.

قال (ومن ترك هذا فقال للوارث: أعطني أبوك في الصحة وقال رجل: لي على أهلك ألف درهم فقال: صدقتا فإن العبد يسمى في قيمته عند أبي حنيفة رحمه الله. وقالوا: بعتي ولا يسمى في شيء) لأن الدين والعتق في الصحة ظهرا معا بتصديق الوارث في كلام واحد فصارا كأنهما كانا معا والعتق في الصحة لا يوجب السعاية، وإن كان على العتق دين. واه أن الإقرار بالدين أقوى، لأنه يعتبر من جميع المال، والإقرار بالعتق في المرض يعتبر من الثلث، والأقوى يدفع الأدنى؛ فقضيته أن يبطل العتق أصلا إلا أنه بعد وقوعه لا يحتمل البطلان، فيدفع من حيث المعنى بإيجاب السعاية، ولأن الدين أسبق لأنه لا مانع له من الاستناد فيستند إلى حالة الصحة، ولا يمكن إسناد العتق إلى تلك الحالة، لأن الدين يمنع العتق في حالة المرض مجانا فتجب السعاية، وعلى هذا الخلاف إذا مات الرجل وترك ألف درهم فقال رجل لي على الميت ألف درهم دين وقال الآخر كان لي عنده ألف درهم وديعة، فعنده الوديعة أقوى، وعندهما سواء، والله أعلم.

فصل

قال (ومن أوصى بوصايا من حقوق الله تعالى قدمت الفرائض منها قلعها الموصى أو غيرها مثل الحج والزكاة والكفارات) لأن الفريضة أهم من النافلة، والظاهر منه الجبادة بما هو الأهم (فإن تساوت في القوة بدى بما قدمه الموصى إذا ضاق عنها الثلث) لأن الظاهر أنه يتلصق بالأهم.

وذكر الطحاوي رحمه الله أنه يتلصق بالزكاة ويقدمها على الحج وهو إحدى الروايتين عن أبي يوسف رحمه الله، وفي رواية عنه أنه يقدم الحج وهو قول محمد رحمه الله. وجه الأولى أنها وإن استويا في القرصية فالزكاة تعاقبها حتى العباد فكان أولى،

وجه الأخرى أن الحج يقع بتمام النفس والنفوس والزكاة بذلك قصرا عليه فكان الحج أقوى ثم تقدم الزكاة والحج على الكفارات لمزيتها عليا في القوة، إذا قد جاهد فيها من الوعيد ما لم يأت في الكفارات والكفارة في القتل والظهار، واليمين مقدمة على صدقة الفطر لأنه عرف وجوبها دون صدقة الفطر وصدقة الفطر مقدمة على الأضحية للاتفاق على وجوبها بأقرآن والاختلاف في الأضحية، وعلى هذا القياس يقدم بعض الواجبات على البعض .
قال (وما ليس بواجب قدم منه ما قدمه الموصي) لما بينا وصار كما إذا صرح بذلك، قالوا إن الثلث يقسم على جميع الوصايا ما كان لله تعالى وما كان للعبد، فأصاب القرب صرف إليها على الترتيب الذي ذكرناه ويقسم على عدد القرب ولا يحفل بالجميع كوصية واحدة، لأنه إن كان المقصود بجميعها رضا الله تعالى فكل واحدة في نفسها مقصود فتنفرد كما تنفرد وصايا الآمين .

قال (ومن أوصى بحجة الإسلام أحجوا عنه رجلا من بلده يحج راجيا) لأن الواجب لله تعالى الحج من بلده، ولهذا يعتبر فيه من المال ما يكفيه من بلده، والوصية لأداء ما هو الواجب عليه وإنما قال راجيا لأنه لا يلزمه أن يحج ماشيا فانصرف إليه على الوجه الذي وجب عليه .

قال (فإن لم تبلغ الوصية النفقة أحجوا عنه من حيث تبلغ) وفي القياس لا يحج عنه لأنه أمر بالحجة على صفة علمتها فيه غير أنها جوزناه، لأنها تعلم أن الموصي قصد تنفيذ الوصية فيجب تنفيذها ما أمكن، والممكن فيه ما ذكرناه، وهو أولى من إبطالها رأسا، وقد فرقنا بين هذا وبين الوصية بالعق من قبل .

قال (ومن خرج من بلده حاجا فمات في الطريق وأوصى أن يحج عنه يحج عنه من بلده) عند أبي حنيفة وهو قول زفر . وقال أبو يوسف وعبد رحمهما الله : يحج عنه من حيث بلغ استحسانا، وعلى هذا الخلاف إذا مات الحاج عن غيره في الطريق . لما أن السفر بنية الحج وقع قرينة وسقط فرض المسافة بقدره وقد وقع أجره على الله فيبتدىء من ذلك المكان كأنه من أهله، بخلاف سفر التجارة لأنه لم يقع قرينة فيحج عنه من بلده؛ وله أن الوصية تنصرف إلى الحج من بلده على ما قررناه أفاء الواجب على الوجه الذي وجب، والله أعلم .

باب الوصية للأقارب وغيرهم

قال (ومن أوصى لجيرانه فهم الملائقون عند أبي حنيفة رحمه الله . وقالوا : هم الملائقون وغيرهم ممن يسكن علة الموصى ويجمعهم مسجد الحلة) وهذا استحسان ، وقوله قياس ، لأن الجار من الجاورة وهي الملاصقة حقيقة ، ولها يستحق الشفعة بهذا الجوار ، ولأنه لما تعلق صرفه إلى الجميع يصرف إلى الشخص المخصوص وهو الملاصق . وجه الاستحسان أن هؤلاء كلهم يسمون جيرانا عرفا وقد تأيد بقوله صلى الله عليه وسلم لا صلاة لجار المسجد إلا في المسجد ، وفسره بكل من سمع النداء ، ولأن القصد بر الجيران واستجابته ينظم الملاصق وغيره ، إلا أنه لا بد من الاختلاط وذلك عند اتحاد المسجد وما قاله الشافعي رحمه الله : الجوار إلى أربعين دارا بعيد ، وما روى فيه ضعيف ، قالوا : ويستوى فيه الساكن والمالك والذكر والأنثى والمسلم والذي لأن اسم الجار يتناولهم ويدخل فيه العبد الساكن عنده لإطلاقه ولا يدخل عندهما لأن الوصية له وصية لولاه وهو غير ساكن .

قال (ومن أوصى لأصهاره فالوصية لكل ذي رحم محرم من امرأته) لما روى أنه أن النبي عليه الصلاة والسلام لما تزوج صفية أعتق كل من ملك من ذي رحم محرم منها لإكرامها لها ، وكانوا يسمون أصهار النبي عليه الصلاة والسلام ، وهذا التفسير اختيار محمد وأبي حنيفة وجميعهم الله ، وكذا يدخل فيه كل ذي رحم محرم من زوجة أبيه وزوجة ابنه وزوجة كل ذي رحم محرم منه لأن الكل أصهار ، ولو مات الموصى والمرأة في نكاحه أو في حده من طلاق رجعي فالصهر يستحق الوصية ، وإن كانت في حدة من طلاق بائن لا يستحقها لأن بقاء الصهرية بقاء النكاح وهو شرط عند الموت .

قال (ومن أوصى لأختائه فالوصية لزوج كل ذات رحم محرم منه ، وكلها معلوم الأزواج) لأن الكل يسمى ختنا ، قيل هنا في عرفهم ، وفي عرفنا لا يتناول الأزواج المحارم ويستوى فيه الحر والعبد والأقرب والأبعد لأن القفظ يتناول الكل .

قال (ومن أوصى لأقاربه فهي للأقرب فالأقرب من كل ذي رحم محرم منه ولا يدخل فيه هو والدان والولد ويكون ذلك للثنتين فصاعدا ، وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله . وقال أصحابه : الوصية لكل من ينسب إلى أقصى أب له في الإسلام) وهو أول أب أسلم لأول

أب أدرك الإسلام ، وإن لم يسلم على حسب ما اختلف فيه المشايخ رحمهم الله . وقاله الاختلاف يظهر في أولاد أبي طالب ، فإنه أدرك الإسلام ولم يسلم . لما أن القريب مشتق من القرابة فيكون اسما لمن قامت به فينظم بحقيقته مواضع الخلاف . وله أن الوصية أخت الميراث ، وفي الميراث يعتبر الأقرب فالأقرب والمراد بالجمع المذكور فيه اثنان فكذلك في الوصية ، والمقصد من هذه الوصية تلافى ما فرط في إقامة واجب الصلة وهو يختص بذي الرحم المحرم منه ، ولا يدخل فيه قرابة الولاد فإنهم لا يسمون أقرباء ، ومن ممي وولده قريبا كان منه حقوقا ، وهذا لأن القريب في عرف اللسان من يتقرب إلى غيره بوسيلة غيره وتقرب الولد والولد بنفسه لا بتغيره ، ولا معتبر بظاهر اللفظ بعد انعقاد الإجماع على تركه ، فتمتد يقيد بما ذكرناه ، وعندهما بأقصى اللآب في الإسلام ، وعند الشافعي رحمه الله بالأب الأدنى .

قال (وإذا أوصى لأقاربه ولد عمان وخالان فالوصية لعمه) عنده اعتبارا للأقرب كما في الإرث ، وعندهما بينهم أرباعا إذ هما لا يعتبران الأقرب (ولو ترك عما وخالين ظلم نصف الوصية والنصف للخالين) لأنه لا بد من اعتبار معنى الجمع وهو الاثنان في الوصية كما في الميراث ، بخلاف ما إذا أوصى لذي قرابته حيث يكون لهم كل الوصية ، لأن اللفظ للفرد فيحرز الواحد كلها إذ هو الأقرب ، ولو كان له حم واحد فله نصف الثلث لما بيناه ، ولو ترك عما وخال وخالة فالوصية لهم والعمة ينهبها بالسوية لاسواء قرابتهما وهي أقوى ، والعمة وإن لم تكن واردة فهي مستتقة للوصية كما لو كان القريب رقيقا أو كافرا ، وكلنا إذا أوصى للنوى قرابته أو لأقربائه أو لأنسبائه في جميع ما ذكرنا لأن كل ذلك لفظ جمع ، ولو انعدم المحرم بطلت الوصية لأنها مقيدة بهذا الوصف .

قال (ومن أوصى لأهل فلان فهي على زوجته عند أبي حنيفة رحمه الله) وقال : يتناول كل من يعولهم وتضمهم نفقة اعتبارا للعرف ، وهو مؤيد بالنص : قال الله تعالى - واتقوا بأهلكم أجمعين - وله أن اسم الأهل حقيقة في الزوجة يشهد بذلك قوله تعالى - وسار بأهله - ومنه قولهم : نأهل ببلدة كذا والمطلق ينصرف إلى الحقيقة .

قال : (ولو أوصى لآل فلان فهو لأهل بيته) لأن الآل الثقيلة التي ينسب إليها ، ولو أوصى لأهل بيت فلان يدخل فيه أبوه وجده لأن الأب أصل البيت ، ولو أوصى لأهل صبه أو لجنسه فالنسب جارة عن ينسب إليه ، والنسب يكون من جهة الآباء وجده

أهل بيت أبيه دون أمه ، لأن الإنسان يتجنس بأبيه بخلافه قرابه ، حيث تكون من جهب الأم والأب ، ولو أوصى لأبنام بنى فلان أو لعلميانهم أو لزماتهم أو لأراملهم إن كانوا قوماً يحصون دخل في الوصية فتراؤهم وأغنياؤهم ذكورهم وإناثهم ، لأنه أمكن تحقيق التمليك في حقهم والوصية تمليك ، وإن كانوا لا يحصون فالوصية في الفقراء منهم لأن المقصود من الوصية القرية وهي في سد الخلة ورد الجبوة ، وهذه الأساى تشعر بتحقق الحاجة فجاز حمله على الفقراء ، بخلاف ما إذا أوصى لشبان بنى فلان وهم لا يحصون أو لأيا بنى فلان وهم لا يحصون حيث تبطل الوصية ، لأنه ليس في اللفظ ما يبنى من الحاجة ، فلا يمكن صرفه إلى الفقراء ، ولا يمكن تصحيحه تمليكا في حق الكل للجهالة المتفاحشة وتعلم الصرف إليهم ، وفي الوصية للفقراء والمساكين ، يجب الصرف إلى اثنين منهم اعتبارا لمعنى الجمع وأقله اثنان في الوصايا على ما مر ، ولو أوصى لبنى فلان يدخل فيهم الإناث في قول أبي حنيفة رحمه الله أول قوله وهو قولهما لأن جمم الذكور يتناول الإناث ، ثم رجع وقال يتناول الذكور خاصة ، لأن حقيقة الاسم للذكور وانتظامه للإناث تجوز والكلام لحقيقته ، بخلاف ما إذا كان بنو فلان اسم قبيلة أو فخذ حيث يتناول الذكور والإناث لأنه ليس يراد بها أعيانهم إذ هو مجرد الاتساب كبنى آدم ، ولهذا يدخل فيه مولى العتاقة والموالة وحلفاؤهم .

قال (ومن أوصى لولد فلان فالوصية بينهم والذكر والأنثى فيه سواء) لأن اسم الولد ينظم الشكل انتظاما واحدا (ومن أوصى لورثة فلان فالوصية بينهم للذكر مثل حظ الأنثيين) لأنه لما نص على لفظ الورثة آذن ذلك بأن قصده التفضيل كما في الميراث ، ومن أوصى لمواليه وله موال أعصمهم وموال أعصوه فالوصية باطلة . وقال الشافعي رحمه الله في بعض كتبه : إن الوصية لم جميعا ، وذكر في موضع آخر أنه يوقف حتى يصلحوا له لأن الاسم يتناولهم لأن كلا منهم يسمى مولى فصار كالإخوة . ولنا أن الجهة مختلفة لأن أحدهما يسمى مولى النعمة ، والآخر منعم عليه فصار مشتركا ، فلا ينظمها لفظ واحد في موضع الإثبات ، بخلاف ما إذا حلف لا يكلم موالى فلان حيث يتناول الأعلى والأسفل لأنه مقام النفي ولا ينافي فيه ، ويدخل في هذه الوصية من أعصقه في الصحة والمرض ولا يدخل مدبروه وأمهات أولاده لأن عتق هؤلاء يثبت بعد الموت والوصية تضاف إلى حالة الموت فلا بد من تحقق الاسم قبله . وعن أبي يوسف رحمه الله أنهم يدخلون ، لأن سبب

الاستحقاق لازم ، ويدخل فيه عبد قال له مولاه : إن لم أضربك فأنت حر ، لأن العتق يثبت قبيل الموت عند تحقق عجزه ولو كان له موال وأولاد موال وموالي موالاة يدخل فيها معتقوه وأولادهم دون موالى الموالاة ، وعن أبي يوسف رحمه الله أنهم يدخلون أيضا والكل شركاء ، لأن الاسم يتناولهم على السواء . ومحمد رحمه الله يقول : الجهة مختلفة في المعنى الإنعام وفي الموالى عقد الالتزام والاعتاق لازم ، فكان الاسم له أحق ولا يدخل فيه موالى الموالى لأنهم موالى غيره حقيقة ، بخلاف مواليه وأولادهم لأنهم ينسبون إليه باعتاق وجدته منه ، وبخلاف ما إذا لم يكن له موال ولا أولاد الموالى لأن اللفظ لم يجاز فيصرف إليه عند تعدد اعتبار الحقيقة ، ولو كان له معتق واحد وموالى الموالى فأنصف لمعتقه والباقي للورثة لتعدد الجمع بين الحقيقة والمجاز ، ولا يدخل فيه موال اعتقهم ابنه أو أبوه لأنهم ليسوا بمواليه لاحقية ولا مجازا ، وإنما يبرز ميراثهم بالمعصية بخلاف معتق البعض ، لأنه ينسب إليه بالولاء ، والله أعلم بالصواب .

باب الوصية بالسكنى والخلعة والثروة

قال (ونجوز الوصية بخلعة عبده وسكنى داره سنين معلومة ، ونجوز بذلك أبدا) لأن المنافع يصبح تملكها في حالة الحياة ببدل وغير بدل فكلها بعد الممات لحاجته كما في الأعيان ويكون عبوسا على ملكه في حق المنفعة حتى يملكها الموصى له على ملكه كما يستوفى الموقوف عليه منافع الوقف على حكم ملك الواقف ونجوز مؤقتا ومؤبدا كما في العارية فإنها تملك على أصلنا ، بخلاف الميراث لأنه خلافة فيها يملكه المورث ، وذلك في حين تبقى والمنفعة عرض لا يبق ، وكلها الوصية بغلة العبد والدار لأنه بدل المنفعة ، فأعطى حكمها والمعنى يشملهما .

قال (وإن خرجت رقية العبد من الثلث يسلم إليه ليخدمه) لأن حق الموصى له في الثلث لا يزاحه الورثة (وإن كان لامال له غيره خلع الورثة يومين والموصى له يوما) لأن حقه في الثلث وحقوقهم في الثلثين كما في الوصية في العين ، ولا تمكن قسمة العبد أجزاء ، لأنه لا يجوز أضرنا إلى المهايأة إيفاء للمقتن ، بخلاف الوصية بسكنى الدار إذا كانت لا تخرج من الثلث ، حيث تقسم حين الدار أثلاثا للتنازع ، لأنه يمكن القسمة بالأجزاء وهو أحسن القسمة بينهما زمانا وذا ، وفي المهايأة تقديم أحدهما زمانا .

ولو انقسموا الدار مهايأة مع حيث الزمالة تجوز أيضا ، لأن الحق لم إلا أن الأول وهو الأعدل أولى ، وليس للورثة أن يبيعوا ما في أيديهم من ثلثي الدار . وعن أبي يوسف رحمه الله أن لم ذلك لأنه خالص ملكهم . وجه الظاهر أن حق الموصى له ثابت في سكنى جميع الدار بأن ظهر لاميت مال آخر ونخرج الدار من الثلث وكذا له حق المراجعة فيها في أيديهم إذا خرب ما في يده والبيع يتضمن إبطال ذلك فتمنوا عنه .

قال (فإن كان مات الموصى له عاد إلى الورثة) لأن الموصى أوجب الحق للموصى له ليستوفى المنافع على حكم ملكه ، فلو انتقل إلى وارث الموصى له استحقها ابتداء من ملك الموصى من غير مرضاته وذلك لا يجوز .

(ولو مات الموصى له في حياة الموصى بطلت) لأن إيجابها تعلق بالموت على ما بيناه من قبل ، ولو أوصى بظلة عبده أو داره فاستخدمه بنفسه أو سكنها بنفسه قيل يجوز ذلك لأن قيمة المنافع كميها في تحصيل المقصود ، والأصح أنه لا يجوز لأن الغلة دراهم أو دنائير وقد وجبت الوصية بها ، وهذا استيفاء المنافع ، وهما متغايران ومتفاوتان في حق الورثة فإنه لو ظهر دين بمكتم أداؤه من الغلة بالاسترداد منه بعد استغلاله ولا يمكنهم من المنافع بعد استيفائها بعينها ، وليس للموصى له بالخدمة والسكنى أن يؤاجر العبد أو الدار . وقال الشافعي رحمه الله : له ذلك لأنه بالوصية ملك المنفعة ، فيملك تملكها من غيره ببدل أو غير بدل لأنها كالأعيان عنده بخلاف العارية ، لأنها إباحة على أصله وليس بتمليك . ولنا أن الوصية تملك بغير بدل مضاف إلى ما بعد الموت ، فلا يملك تملكه ببدل احتلوا بالإعارة ، فلها تملك بغير بدل في حالة الحياة على أصلنا ، ولا يملك المستعير الإجارة لأنها تملك ببدل كل هذا .

وتحقيقه أن التملك ببدل لازم وبغير بدل غير لازم ولا يملك الأقوى بالأضعف والأكثر بالأقل والوصية تبرع غير لازم إلا أن الرجوع للمتبرع لا لغيره والمتبرع بعد الموت لا يمكن الرجوع ، فلهذا انقطع ، أما هو في وضعه فغير لازم ، ولأن المنفعة ليست بمال على أصلنا ، وفي تملكها بالمال إحداث صفة المالة فيها تحقيقا للمساواة في عقد المعاوضة ، فلما ثبت هذه الولاية لمن يملكها تبعها ملك الرقبة أو لم يملكها بقصد المعاوضة حتى يكون مملكا لها بالصفة التي تملكها ، أما إذا تملكها مقصودة بغير عوض لم يملكها بعوض كان مملكا أكثر مما تملكه معنى وهذا لا يجوز ، وليس للموصى له

أن يخرج العبد من الكوفة إلا أن يكون الموصى له وأهله في غير الكوفة ، فيخرجه إلى أهله للخدمة هناك إذا كان يخرج من الثلث ، لأن الوصية إنما تنفذ على ما يعرف من مقصود الموصى ، فإذا كانوا في مصره فمقصوده أن يمكنه من خدمته فيه بدون أن يلزمه مشقة السفر ، وإذا كانوا في غيره فمقصوده أن يحمل العبد إلى أهله ليخدمهم .

ولو أوصى بغلة عبده أو هفلة داره يجوز أيضا لأنه بدل المنفعة فأخذ حكم المنفعة في جواز الوصية به ، كيف وإنه عين حقيقة لأنه دواهم أو دنائير فكان بالجواز أولى ولو لم يكن له مال غيره كان له ثلث غلة تلك السنة ، لأنه عين مال يحتمل القسمة بالأجزاء فلو أراد الموصى له قسمة الدار بينه وبين الورثة لبيكون هو الذي يستغل ثلثها لم يكن له ذلك إلا في رواية عن أبي يوسف رحمه الله فإنه يقول : الموصى له شريك الوارث ، وللشريك ذلك فكذاك للموصى له إلا أنا نقول المطالبة بالقسمة تبني على ثبوت الحق للموصى له فيما يلاقيه القسمة ، إذ هو المطالب والحق له في عين الدار ، وإنما حقه في الغلة فلا يملك المطالبة بقسمة الدار ، ولو أوصى له بخدمة عبده ولآخر برقبته وهو يخرج من الثلث فالرقبة لصاحب الرقبة ، والخلمة عليهما لصاحب الخلمة ، لأنه أوجب لكل واحد منهما شيئا معلوما عطفًا منه لأحدهما على الآخر ، فتعتبر هذه الحالة بحالة الأفراد ، ثم لما صحت الوصية لصاحب الخدمة ، فلو لم يوص في الرقبة بشيء لصارت الرقبة ميراثًا للورثة مع كون الخدمة للموصى له ، فكذا إذا أوصى بالرقبة لإنسان آخر إذ الوصية أخت الميراث من حيث إن الملك يثبت فيهما بعد الموت .

ولها نظائر : وهو ما إذا أوصى بأمة لرجل وبما في بطنها لآخر وهي تخرج من الثلث أو أوصى لرجل بخاتم ولآخر بنفسه أو قال : هذه القوصرة لفلان وما فيها من الخمر لفلان كان كما أوصى ولا شيء لصاحب الخمر في المظروف في هذه المسائل كلها ، أما إذا فصل أحد الإيجابين عن الآخر فيها فكذاك الجواب عند أبي يوسف رحمه الله . وعلى قول محمد : الأمة للموصى له بها والولد بينهما نصفان ، وكذا في أشواتها . لأبي يوسف رحمه الله أن إيجابه في الكلام الثاني ، تبين أن مراده من الكلام الأول إيجاب الأمة للموصى له بها دون الولد ، وهذا البيان منه صحيح وإن كان مفصولا ، لأن الوصية لا تلزم شيئا في حال حياة الموصى ، فكان البيان المفصول فيه والموصول سواء كما في وصية للرقبة وللخلمة : ولمحمد رحمه الله أن اسم الخاتم يتناول الحلقة والفص ، وكذلك اسم الجارية

يتناولها وما في بطنها ، واسم القوصرة كذلك ، ومن أصلنا أن العام الذي موجه ثبوت الحكم على سبيل الإحاطة بمنزلة الخالص فقد اجتمع في النص وصيتان ، وكل منهما وصية بإيجاب على حدة ، فيجعل النص بينهما نصفين ، ولا يكون إيجاب الوصية فيه للثاني رجوعاً عن الأول ، كما إذا أوصى للثاني بالتأتم بخلاف الخدمة مع الرقة لأن اسم الرقة لا يتناول الخدمة ، وإنما يستخدمه الموصى له بحكم أن المنفعة حصلت على ملكه فإذا أوجب الخدمة لغيره لا يبقى للموصى له فيه حق ، بخلاف ما إذا كان الكلام موصولاً لأن ذلك دليل التخصيص والاستثناء ، فتبين أنه أوجب لصاحب التأتم الحلقة خاصة دون النص .

قال (ومن أوصى لآخر بشمرة بستانه ثم مات وفيه ثمرة فله هذه الثمرة وحدها ، وإن قال له : ثمرة بستاني أبداً فله هذه الثمرة وثمرته فيما يستقبل ماعاش ، وإن أوصى له بفلة بستانه فله الفلة القائمة وغلته فيما يستقبل) والفرق أن الثمرة اسم للموجود عرفاً فلا يتناول المعلوم إلا بدلالة زائدة مثل التخصيص على الأبد لأنه لا يتأبد إلا بتناول المعلوم والمعلوم المذكور ، وإن لم يكن شيئاً ، أما الفلة فتتضمن الموجود ، وما يكون بعرض الوجود مرة بعد أخرى عرفاً يقال فلان يأكل من غلة بستانه ومن غلة أرضه وداره فإذا أطلقت يتناولها عرفاً غير موقوف على دلالة أخرى ، أما الثمرة إذا أطلقت فلا يراد بها إلا الموجود فلهذا يفترق الانصراف إلى دليل زائد .

قال (ومن أوصى لرجل بصوف غنمه أبداً أو بأولادها أو بلبنها ثم مات فله ما في بطونها من الولد وما في ضرعها من اللبن وما على ظهورها من الصوف يوم يموت الموصى سواء قال أبداً أو لم يقل) لأنه إيجاب عند الموت ، فيعتبر قيام هذه الأشياء يومئذ وهذا بخلاف ما تقدم . والفرق أن القياس يأبى تملك المعلوم ، لأنه لا يقبل الملك إلا أن في الثمرة والفلة المعلوم جاء الشرع بورد العقد عليها كالمعامنة والإجارة فاقضى ذلك جوازها في الوصية بالطريق الأولى لأن بابها أوسع أما الوالد المعلوم وأخته ، فلا يجوز إيراد العقد عليها أصلاً ، ولا تستحق بعقدها ، فكذلك لا يدخل تحت الوصية ، بخلاف الموجود منها لأنه يجوز استحقاتها بعقد البيع تبعاً وبعد الخلع مقصوداً فكذا بالوصية ، والله أعلم بالصواب .

باب وصية الذي

قال (وإذا صنع يهودى أو نصرانى بيعة أو كنيسة في صحته ثم مات فهو ميراث) لأن هذا بمنزلة الوقف عند أبى حنيفة رحمه الله ، والوقف عنده يورث ولا يلزم فكذا هذا ، وأما عندهما فلأن هذه معصية فلا تصح عندهما :

قال (ولو أوصى بذلك لقوم مسلمين فهو الثلث) معناه إذا أوصى أن تبني داره بيعة أو كنيسة فهو جائز من الثلث ، لأن الوصية فيها معنى الاستخلاف ومعنى التملك وله ولاية ذلك فأمكن تصحيحه على اعتبار الميعنين .

قال (وإن أوصى بدار كنيسة لقوم غير مسلمين جازت الوصية عند أبى حنيفة رحمه الله . وقالوا : الوصية باطلة) لأن هذه معصية حقيقة ، وإن كان في معتقدم قرابة والوصية بالمعصية باطلة لما في تنفيذها مع تقرير المعصية . ولأبى حنيفة رحمه الله أن هذه قرابة في معتقدم ، ونحن أمرنا بأن تركهم وما يدينون فتجوز بناء على اعتقادهم ، ألا يرى أنه لو أوصى بما هو قرابة حقيقة معصية في معتقدم لا تجوز الوصية اعتبارا لاعتقادهم فكذا عكسه ، ثم الفرق لأبى حنيفة رحمه الله بين بناء البيعة والكنيسة وبين الوصية به أن البناء نفسه ليس بسبب لزوال ملك الباني ، وإنما يزول ملكه بأن يصير محررا خالصا لله تعالى كما في مساجد المسلمين ، والكنيسة لم تصر محررة لله تعالى حقيقة فتبقى ملكا للباني فتورث عنه ، ولأنهم يبنون فيها الحجرات ويسكنونها فلم يتحرر لتعلق حق العباد به ، وفي هذه الصورة يورث المسجد أيضا لعدم تحرره ، بخلاف الوصية لأنه وضع لإزالة الملك إلا أنه امتنع ثبوت مقتضاه في غير ما هو قرابة عندهم ، فبقي فيما هو قرابة على مقتضاه ، فيزول ملكه فلا يورث .

ثم الحاصل أن وصايا الذي على أربعة أقسام :

منها : أن تكون قرابة في معتقدم ، ولا تكون قرابة في حقا وهو ما ذكرناه ، وما إذا أوصى الذي بأن تبيع ختازيره وتطعم المشركين وهذه على الخلاف إذا كان لقوم غير مسلمين ، كما ذكرناه والوجه ما بيناه .

ومنها : إذا أوصى بما يكون قرابة في حقا ولا يكون قرابة في معتدم كما إذا أوصى بالخير أو بأن يبنى مسجد للمسلمين أو بأن يصرح في مساجد المسلمين ، فهذه الوصية باطلة

بالإجماع اعتبارا لاعتقادهم ؛ إلا إذا كان لقوم بأعيانهم لوقوعه تمليكا ، لأنهم معطومون وبالطبعة مشورة .

ومنها : إذا أوصى بما يكون قرابة في حقنا وحقهم كما إذا أوصى بأن يسرج في بيت المقدس ، أو يغزى الترك وهو من الروم ؛ وهذا جائز سواء كانت لقوم بأعيانهم ، أو بغير أعيانهم لأنه وصية بما هو قرابة حقيقة ؛ وفي معتقدم أيضا .

ومنها : إذا أوصى بما لا يكون قرابة لافي حقنا ولا في حقهم ، كما إذا أوصى للمغنيات والناحات فإن هذا غير جائز ، لأنه مصيبة في حقنا وفي حقهم ؛ إلا أن يكون لقوم بأعيانهم فيصح تمليكا واستخلافاء وصاحب المولى إن كان لا يكفر فهو في حق الوصية بمنزلة المسلمين لأننا أمرنا ببناء الأحكام على الظاهر ، وإن كان يكفر فهو بمنزلة المرتد فيكون على الخلاف المعروف في تصرفاته بين أبي حنيفة وصاحبيه رحمهم الله ، وفي المرتدة الأصح أنه تصح وصاياها لأنها تبقى على الردة ، بخلاف المرتد لأنه يقتل أو يسلم .

قال (وإذا دخل الحربى دارنا بأمان فأوصى لمسلم أو ذى بماله كله جاز) لأن اعتناق الوصية بما زاد على الثلث لحق الوزرة ؛ ولمسنا تنفذ بإجازتهم وليس لورثته حق مرعى لمكونهم في دار الحرب إذ هم أموات في حقنا ، ولأن حرمة ماله باعتبار الأمان ، والأمان كان لحقه لا لحق ورثته ، ولو كان أوصى بأقل من ذلك أخذت الوصية ويرد الباقي على ورثته وذلك من حق المستأمن أيضا ، ولو أعتق عبده عند الموت أو دبر عبده في دار الإسلام ، فذلك صحيح منه من غير اعتبار الثلث لما بينا ، وكذلك لو أوصى له مسلم أو ذى بوصية جاز ، لأنه مادام في دار الإسلام فهو في المعاملات بمنزلة الذى ولها تصح عقود التمليكات منه في حال حياته ، ويصح تبرعه في حياته فكذا بعد مماته .

وعن أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله أنه لا يجوز لأنه مستأمن من أهل الحرب إذ هو على قصد الرجوع ويمكن منه ولا يمكن من زيادة المقام على السنة إلا بالجزية ، ولو أوصى الذى يأكثر من الثلث أو لبعض ورثته لا يجوز اعتبارا بالمسلمين لأنهم التزموا أحكام الإسلام فيما يرجع إلى المعاملات ، ولو أوصى بخلاف ملته جاز اعتبارا بالإرث إذ الكفر كله مله واجبة ، ولو أوصى لحربى في دار الإسلام لا يجوز لأن الإرث ممتنع لتباين الدارين والوصية أخيه ، والله أعلم :

باب الوصى وما يملكه

قال (ومن أوصى إلى رجل فقبل الوصى في وجه الموصى وردها في غير وجهه فليس برده) لأن الميت مضى لسبيله معتمدا عليه ، فلو صح رده في غير وجهه في حياته أو بعد مماته صار مغرورا من جهة فردّه ، بخلاف الوكيل بشراء عبد بغير عينه أو ببيع ماله حيث يصح رده في غير وجهه لأنه لا ضرر هناك لأنه حتى قادر على التصرف بنفسه (فإن ردها في وجهه فهو رد) لأنه ليس للموصى ولاية إلزامه التصرف ولا غرور فيه لأنه يمكنه أن ينيب غيره (وإن لم يقبل ولم يرد حتى مات الموصى فهو بالخيار إن شاء قبل وإن شاء لم يقبل) لأن الموصى ليس له ولاية الإلزام فبقي غيرا ، فلو أنه باع شيئا من تركته ففقد ثمرته ، لأن ذلك دلالة الالتزام والقبول ، وهو معتبر بعد الموت وينفذ البيع لصدوره من الوصى وسواء علم بالوصاية أو لم يعلم ، بخلاف الوكيل إذا لم يعلم بالتوكيل فإع فاع حيث لا ينفذ لأن الوصاية خلافة ، لأنه يختص بحال انقطاع ولاية الميت فتنتقل الولاية إليه ، وإذا كانت خلافة لا تتوقف على العلم كالوراثة أما التوكيل فأنابه لثبوته في حال قيام ولاية المنيب فلا يصح من غير علمه كإثبات الملك بالبيع والشراء وقد بينا طريق العلم وشرط الإخبار فيه تقدم من الكتب .

(وإن لم يقبل حتى مات الموصى فقال : لا أقبل ثم قال : أقبل فله ذلك إن لم يكن القاضى أخرجه من الوصية حين قال لا أقبل) لأن بمجرد قوله لا أقبل لا يبطل الإبقاء لأن في إبطاله ضرر باليت وضرر الوصى في الإبقاء مجبور بالتواب ، ودفع الأول وهو أعلى أولى إلا أن القاضى إذا أخرجه عن الوصاية يصح ذلك لأنه مجتهد فيه ، إذ للقاضى ولاية دفع الضرر وربما يعجز عن ذلك فيتضرر ببقاء الوصاية فيبلغ القاضى الضرر عنه وينصب حافظا لمال الميت متصرفا فيه ، فيندفع الضرر من الجانبين فلهذا ينفذ إخراجا ، فلو قال بعد إخراج القاضى إياه أقبل لم يلغض إليه لأنه قبل بعد بطلان الوصاية بإبطال القاضى .

قال (ومن أوصى إلى عبد أو كافر أو فاسق أخرجهم القاضى عن الوصاية ونصب غيرهم) وهذا اللفظ يشير إلى صحة الوصية لأن الإخراج يكون بعدا . وذكر محمد رحمه الله في الأصل : أن الوصية باطلة ، قبل معناه في جميع هذه الصور أن الوصية مستبطل ، وقبل معناه في العبد باطل حقيقة لعدم ولاجه واستبداده وفي غيره معناه مستبطل ، وقبل

في الكافر باطل أيضا لعدم ولايته على المسلم . ووجه الصحة ثم الإخراج من الأصل للنظر ثابت لقدرة العبد حقيقة وولاية الفاسق على أصلنا وولاية الكافر في الجملة ، إلا أنه لم يتم النظر لتوقف ولاية العبد على إجازة المولى ، وتمكنه من الحجر بعدها ، والمعادة الدينية الباعثة للكافر على ترك النظر في حق المسلم ، واتهام الفاسق بالخيانة فيخرج القاضى من الوصاية ويقيم غيره مقامه إتماما للنظر ، وشرط في الأصل أن يكون الفاسق مخوفا عليه في المال وهذا يصلح عذرا في إخراج وتبدله بغيره .

قال (ومن أوصى إلى عبد نفسه وفي الورثة كبار لم تصح الوصية) لأن الكبير أن يمتنع أو يبيع نصيبه فيمنعه المشتري فيعجز عن الوفاء بحق الوصاية فلا يفيد فائدته ، وإن كانوا صفارا كلهم فالوصية إليه جائزة عند أبي حنيفة رحمه الله ، ولا تجوز عندهما وهو القياس ، وقيل : قول محمد رحمه الله مضطرب يروى مرة مع أبي حنيفة وثارة مع أبي يوسف .

وجه القياس : أن الولاية منعمة لما أن الرق ينافيها ، ولأن فيه إثبات الولاية للمملوك على المالك وهذا قلب المشروع ، ولأن الولاية الصادرة من الأب لا تنجز ، وفي اعتبار هذه تجزئتها لأنه لا يملك بيع رقبته وهذا نقض الموضوع . وله أنه مخاطب مستبد بالتصرف فيكون أهلا للوصاية وليس لأحد عليه ولاية فإن الصفار وإن كانوا ألاكالا ليس لهم ولاية المنع فلا منافاة ، وإيصاء المولى إليه يؤذن بكونه ناظرا لهم وصار كالمكاتب والوصاية قد تنجز على ما هو المروى عن أبي حنيفة رحمه الله ، أو نقول يصار إليه كيلا يؤدي إلى إبطال أصله وتغيير الوصف لتصحيح الأصل أولى .

قال (ومن يعجز عن القيام بالوصية ضم إليه القاضى غيره) رعاية لحق الموصى والورثة ، وهذا لأن تكميل النظر يحصل بضم الآخر إليه لصيانته ونقص كتابته فيتم النظر بإعانة غيره ، ولو شكى إليه الوصى ذلك لا يجيبه حتى يعرف ذلك حقيقة لأن الشاكى قد يكون كاذبا تخفيفا على نفسه ، وإذا ظهر عند القاضى عجزه أصلا استبدل به رعاية للنظر من الجانيين ، ولو كان قادرا على التصرف أمينا فيه ليس للقاضى أن يخرج له لأنه لو اختار غيره كان دونه لما أنه كان مختار الميت ومرضيه بإيقاؤه أولى ، وكذا قدم على أب الميت مع وفور شفقتهم فأولى أن يقدم على غيره ، وكذا إذا شكى الورثة أو بعضهم الوصى إلى القاضى فإنه لا ينبغي له أن يعزله حتى يبدو له منه خيانة لأنه استفاد الولاية من الميت غير أنه إذا

ظهرت الحياة فإليت إنما نصبه وصيا لأمانته وقد قامت ، ولو كان في الأحياء لأخرجه منها فعند حصره بنوب القاضى منابه كأنه لا وصى له .

قال (ومن أوصى إلى اثنين لم يكن لأحدهما أن يتصرف عند أبي حنيفة) ومحمد رحمه الله دون صاحبه (إلا في أشياء معدودة نبيها إن شاء الله تعالى . وقال أبو يوسف رحمه الله : ينفرد كل واحد منهما بالتصرف في جميع الأشياء ، لأن الوصاية سبيلها الولاية وهي وصف شرعى لا تنجزاً فيثبت لكل منهما كلاً كولاية الإنكاح للأخوين ، وهذا لأن الوصاية خلافة ، وإنما تتحقق إذا انتقلت الولاية إليه على الوجه الذى كان ثابتاً للموصى وقد كان بوصف الكمال ، ولأن اختيار الأب لإياهما يؤذن باختصاص كل واحد منهما بالشفقة ، فينزل ذلك منزلة قرابة كل واحد منهما . ولهما أن الولاية تثبت بالتفويض فيما وصفت التفويض وهو وصف الاجتماع إذ هو شرط مقيد وما رضى الموصى إلا بالثنى ، وليس الواحد كالثنى بخلاف الأخوين في الإنكاح ، لأن السبب هناك القرابة وقد قامت بكل منهما كلاً ، ولأن الإنكاح حق مستحق لها على الولي حتى لو طالبه بإنكاحها من كف غطها يجب عليه ، وهنا حق التصرف للموصى ، ولهذا يبقى غيراً في التصرف ، في الأول أوفى حقاً على صاحبه فصيح وفي الثاني استوفى حقاً لصاحبه فلا يصح ، أصله الدين الذى عليهما . ولهما بخلاف الأشياء المعدودة لأنها من باب الضرورة لا من باب الولاية .

ومواضع الضرورة مستثناة أبداً ، وهي ١٠ استثناء في الكتاب وأخواتها فقال (إلا في شراء كفن الميت ونجشيزه) لأن في التأخير فساد الميت ، ولهذا يملكه الجيران عند ذلك (وطعام الصغار وكسوتهم) لأنه يخاف موتهم جوعاً وعرياً (وردّ الوديعة بعينها وردّ المصروب والمشتري شراء فاسداً وحفظ الأموال وقضاء الديون) لأنها ليست من باب الولاية فإنه يملك المالك ، وصاحب الدين إذا ظفر بنجس حقه وحفظ المال يملكه من يقع في يده فكان من باب الإعانة ولأنه لا يحتاج فيه إلى الرأى (ونضيد وصية بعينها وعق عبد بعينه) لأنه لا يحتاج فيه إلى الرأى (والخصومة في حق الميت) لأن الاجتماع فيها متعذر ولهذا ينفرد بها أحد البركيلين (وقبول الهبة) لأن في التأخير خيفة الفوات ، ولأنه يملكه المأمور ولأن في حصره لم يكن من باب الولاية (ويبيع ما يمنى عليه النوى والتلف) لأن

فيه ضرورة لا تخفى (وجمع الأموال الضائعة) لأن في التأخير خشية اللوات ، ولأنه يحللكه كل من وقع في يده فلم يكن مع باب الولاية .

وفي الجامع الصغير : وليس لأحد الوصيين أن يبيع أو يقاضي ، والمراد بالقاضي الاقتضاء كذا كان المراد منه في عرفهم ، وهذا لأنه رضى بلمآتهما جميعا في القبض ، ولأنه في معنى المبادلة لأسباب عند اختلاف الجنس على ما عرف فكان من باب الولاية ؛ ولو أوصى إلى كل واحد على الانفراد ، قبل يتفرد كل واحد منهما بالتصرف بمنزلة الوكيلين إذا وكل كل واحد على الانفراد ، وهذا لأنه لما أفرد فقد رضى برأى الواحد ، وقيل الخلاف في الفصلين واحد وهو الأصح ، لأن وجوب الوصية عند الموت بخلاف الوكيلين ، لأن الوكالة تعاقب ، فإن مات أحدهما جعل القاضي مكانه وصيا آخر . أما أخدما فلأن الباقي عاجز عن التفرد بالتصرف ، فيضم القاضي إليه وصيا آخر نظرا لميت عند حجه . وعند أبي يوسف رحمه الله الحى منها ، وإن كان يقدر على التصرف فالوصى قصد أن يحلله مصرفا في حقوقه ، وذلك ممكن التحقق بنصب وصى آخر مكان الميت ، ولو أن الميت منهما أوصى إلى الحى ، فلهى أن يتصرف وحده في ظاهر الرواية بمنزلة ما إذا أوصى إلى شخص آخر ولا يحتاج القاضي إلى نصب وصى آخر ، لأن رأى الميت باقى حكما برأى من يخلفه . وعن أبي حنيفة رحمه الله أنه لا يتفرد بالتصرف لأن الوصى ماضى بصرفه وحده ، بخلاف ما إذا أوصى إلى غيره لأنه يتخذ برأى الميت كما رضىه المتوفى ، ولهذا مات الوصى وأوصى إلى آخر فهو وصية في تركته وتركه الميت الأول عندنا .

وقال الشافعى رحمه الله : لا يكون وصيا في تركه الميت الأول اعتبارا بالتوكيل في حالة الحياة والجامع بينهما أنه رضى برأيه لا برأى غيره . ولنا أن الوصى يتصرف بولاية منتقلة إليه ، فيملك الإيصاء إلى غيره كالجد ، ألا يرى أن الولاية التي كانت ثابتة للوصى تنقل إلى الوصى في المال وإلى الجد في النفس ثم الجد قائم مقام الأب فيها انتقل إليه فكذلك الوصى ، وهذا لأن الإيصاء إقامة غيره مقامه فيها له ولايته وعند الموت كانت له ولاية في التركتين فينزل الثاني منزله فيها ، ولأنه لما استعان به في ذلك مع علمه أنه قد تعثره الميتة قبل تنصيب مقصوده بنفسه وهو تلافى ما فرط منه صار راضيا بإيصائه إلى غيره ، بخلاف الوكيل لأن الموكل حى يمكنه أن يحصل مقصوده بنفسه فلا يرضى بتوكيل غيره والإيصاء إليه .

قال (ومما وصى الوصى الموصى له عن الورثة جائزة، ومقامته الورثة عن الموصى له باطلة) لأن الوارث خليفة الميت حتى يردّ بالعيب ويرد عليه به ويصير مغرورا بشراء المورث ، والوصى خليفة الميت أيضا فيكون خصما عن الوارث إذا كان غائبا فصحت قسمته عليه ، حتى لو حضر وقد هلك ما في يد الوصى ليس له أن يشارك الموصى له .

أما الموصى له فليس بخليفة عن الميت من كل وجه لأنه ملكه بسبب جديد ، ولهذا لا يرد بالعيب ولا يرد عليه ، ولا يصير مغرورا بشراء الموصى فلا يكون الوصى خليفة عنه عند غيبته ، حتى لو هلك ما أفرز له عند الوصى كان له ثلث ما بقي لأن القسمة لم تؤخذ عليه ، غير أن الوصى لا يضمن لأنه أمين فيه وله ولاية الحفظ في التركة ، فصار كما إذا هلك بعض التركة قبل القسمة ، فيكون له ثلث الباقي لأن الموصى له شريك الوارث . فبتوى ما توى من المال المشترك على الشركة ويتى ما بقي على الشركة .

قال (فإن قاسم الورثة وأخذ نصيب الموصى له فضاغ رجح الموصى له بثلث ما بقي) لما بينا .

قال (وإن كان الميت أوصى بحجة فقاوم في الورثة فهلك ما في يده حجج عن الميت من ثلث ما بقي ، وكذلك إن دفعه إلى رجل ليحج عنه فضاغ ما في يده) وقال أبو يوسف رحمه الله : إن كان مستغفرا للثلث لم يرجع بشيء وإلا يرجع بنام الثلث . وقال محمد رحمه الله : لا يرجع بشيء لأن القسمة حق الموصى ، ولو أفرز الموصى بنفسه مالا ليحج عنه فهلك لا يلزمه شيء . وبطلت الوصية فكلا إذا أفرزه وصيه الذي قام مقامه . ولأبي يوسف رحمه الله أن محل الوصية الثلث ، فيجب تنقيها ما بقي محلها ، وإذا لم يبق بطلت لغوات محلها . ولأبي حنيفة رحمه الله أن القسمة لا تزدل لذاتها بل لمقصودها ، وهو تأدية الجميع فلم تعتبر دونه وصار كما إذا هلك قبل القسمة فيحج بثلث ما بقي ولأن تمامها بالتسليم إلى الجهة المسماة إذ لا قابض لها فإذا لم يصرف إلى ذلك الوجه لم يتم فصار كهلاكه قبلها .

قال (ومن أوصى بثلث ألف درهم فدفعها الورثة إلى القاضى قسمها والموصى له غائب فقسمته جائزة) لأن الوصية صحيحة ولهذا لو مات للموصى له قبل القبول تصير الوصية ميراثا لورثته والقاضى نصب ناظرا لاسيا في حق الموتى والغيب ، ومن النظر إفرز

نصيب الغائب وقبضه فنفل ذلك وصبح حتى لو حضر الغائب وقد هلك المقبوض لم يكن له على الورثة سبيل .

قال (وإذا باع الوصى عبدا من التركة بغير محضر من الغرماء فهو جائز) لأن الوصى قائم مقام الموصى ، ولو تولى حيا بنفسه يجوز يبيعه بغير محضر من الغرماء ، وإن كان في مرض موته فكنا إذا تولاه من قام مقامه ، وهذا لأن حق الغرماء متعلق بالمالية لا بالصورة والبيع لا يبطل المالية لقواتها إلى خلف وهو الثمن ، بخلاف العبد المديون لأن الغرماء حتى الاستعانة وأما ههنا فبخلافه .

قال (ومن أوصى بأن يباع عبده ويتصدق بثمنه على المساكين فباعه الوصى وقبض الثمن فضاع في يده فاستحق العبد ضمن الوصى) لأنه هو العاقد فتكون العهدة عليه ، وهذه عهدة لأن المشتري منه ما رضى يبذل الثمن إلا ليس له المبيع ولم يسلم فقد أخذ الوصى البائع مال الغير بغير رضاه فيجب عليه رده .

قال (ويرجع فيها ترك الميت) لأنه عامل له فيرجع عليه كالوكيل ، وكان أبو حنيفة رحمه الله يقول أو لا يرجع لأنه ضمن قبضه ثم رجع إلى ما ذكرنا ويرجع في جميع التركة . وعن محمد رحمه الله أنه يرجع في الثلث ، لأن الرجوع بحكم الوصية فأخذ حكمها وعمل الوصية الثلث . وجه الظاهر أنه يرجع عليه بحكم الرجوع ، وذلك دين عليه والدين يقضى من جميع التركة ، بخلاف القاضى أو أمينه إذا تولى البيع حيث لا عهدة عليه لأن في إلزامها القاضى تعطيل القضاء إذ يتحاشى عن تقلد هذه الأمانة حذرا عن لزوم الغرامة ، فاحتصل مصلحة العامة وأمينه سفير عنه كالرسول ولا كذلك الوصى لأنه بمنزلة الوكيل وقد مر في كتاب القضاء ، فإن كانت التركة قد هلكت أو لم يكن بها وفاء لم يرجع بشئ . كما إذا كان على الميت دين آخر .

قال (وإن قسم الوصى الميراث فأصاب صغيرا من الورثة عبد فباعه وقبض الثمن فهلك واستحق العبد رجع في المال الصغير) لأنه عامل له ويرجع الصغير على الورثة بمحضه لانقضاء القسمة باستحقاق ما أصابه .

قال (وإذا احتال الوصى بمال اليتيم ، فإن كان خيرا لليتيم جاز) وهو أن يكون لهؤلاء النظرية وإن كان الأوك أملا لا يجوز لأن فيه تضییع مال اليتيم على بعض الرجوع .

قال (ولا يجوز بيع الوصى ولا شراؤه إلا بما يفتقر إلى النقص في مثله) لأنه لا نظر في
الفتن الفاحش بخلاف اليسير لأنه لا يمكن التحرز عنه ، ففي اعتباره انسداد باب الوصى
للقنون والعهد المأذون والمكاتب يجوز بيعهم وشراؤهم بالفتن الفاحش عند أبي حنيفة
لأنهم يصرفون بحكم المالكية والإذن فك الحجز ، بخلاف الوصى لأنه يصرف بحكم
الولاية الشرعية نظراً فيضيد بموضع النظر ، وعندهما لا يملكونه لأن التصرف بالقاصريه
مخرج لا ضرورة فيه وهم ليسوا من أهله (وإذا كتب كتاب الشراء على وصي كتبه
كتاب الوصية على حدة وكتاب الشراء على حدة) لأن ذلك أحوط ، ولو كتب جلة وصي
أن يكتب للشاهد شهادته في آخره من غير تغيير فيصير ذلك خلافاً على الكلب ،
ثم قيل يكتب بشي من فلان ابن فلان ولا يكتب من فلان لا يثبت ، وقيل
لا بأس بذلك لأن الوصاية تعلم ظاهراً .

قال (وبيع الوصى على الكبير الغائب جائز في كل شيء إلا في العقار) لأن الأب
على ما سواه ولا يليه فكذا وصيه فيه ، وكان يقياس أن لا يملك الوصى غير العقار أيضاً
لأنه لا يملك الأب على الكبير إلا أماً استحساناً لما أنه حفظ للسلوك الفساد إليه وحفظه
المن أهدر وهو يملك الحفظ ، أما العقار فمحض بنفسه .

قال (ولا يتجر في المال) لأن الخوض إليه الحفظ دون التجارة . وقال أبو يوسف
ومحمد رحمهما الله : وصي الأخ في الصغير والكبير الغائب بمنزلة وصي الأب في الكبير
الغائب وكذا وصي الأم ووصي العم وهذا الجواب في تركه هؤلاء لأن وصيهم قائم مقامهم
وهم يملكون ما يكون من باب الحفظ فكنا وصيهم .

قال (والوصي أحق بمال الصغير من الجدة) وقال الشافعي رحمه الله : الجد أحق لأن
الشرع أقام مقام الأب حال عدمه حتى أحرر الميراث فيقدم على وصيه . ولنا أن بالإبصار
تنقل ولاية الأب إليه فكانت ولايته قائمة معنى فيقدم عليه كالأب نفسه وهذا لأن اختياره
الوصي مع علمه بقيام الجد يدل على أن تصرفه أنظر لابنه من تصرف أبيه (فإن لم يوص
الأب فالجد بمنزلة الأب) لأنه أقرب الناس إليه وأشفقهم عليه حتى يملك الإنكاح دون
الوصي غير أنه يقدم عليه وصي الأب في التصرف لما بيناه .

فصل في الشهادة

قال (وإذا شهد الرعيان أن الميت أوصى إلى فلان معهما فالشهادة باطلة) لأنهما متهمان فيها لإبائتهما معينا لأخيهما .

قال (إلا أن يدعيها المشهود له) وهذا استحصان ، وهو في القياس كالأول لما بينا من التهمة . وجه الاستحصان أن القاضي ولاية نصب الوصي ابتداء أو ضم آخر إليهما برضاه يكون شهادتهما فيسقط بشهادتهما مائة العيرون عنه ، أما الوصاية فتثبت بنصب القاضي . قال (وكذلك الابنان) معناه إذا شهدا أن الميت أوصى إلى رجل وهو ينكر لأخيهما يجران إلى أنفسهما فلما ينصب حافظ للتركة (ولو شهدا) يعني الوصيين (لو ارت صغير بشئ من مال الميت أو غيره فشهادتهما باطلة) لأنهما يظهران ولاية التصرف لأنفسهما في المشهود به .

قال (وإن شهدا لو ارت كبير في مال الميت لم يجز وإن كان في غير مال الميت جاز) وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله . وقالا : إن شهدا لو ارت كبير تجوز في الوجعين لأنه لا يثبت لهما ولاية التصرف في التركة إذا كانت الورثة كبارا ضربت عن التهمة . وله أنه يثبت لهما ولاية الحفظ وولاية بيع المتقول عند غيبة الوارث فتصحقت التهمة بخلاف شهادتهما في غير التركة لاقطاع ولاية وصي الأب عنه لأن الميت أقامه مقام نفسه في تركته لافي غيرها .

قال (وإذا شهد رجلان لرجلين حل ميت بدين ألف درهم وشهد الآخران للأولين بمثل ذلك جازت شهادتهما ، فإن كانت شهادة كل فريق للآخر بوصية ألف درهم لم تجز) وهذا قول أبي حنيفة وعمره رحهما الله . وقال أبو يوسف رحمه الله : لا تقبل في الدين أيضا . وأبو حنيفة رحمه الله فيما ذكر الخصاص مع أبي يوسف رحمه الله . وعن أبي يوسف رحمه الله مثل قول محمد رحمه الله .

وجه القبول أن الدين يجب في الذمة وهي قابلة لحقوق شتى فلا شركة ، ولهذا لو تبرع أجنبي بقضاء دين أحدهما ليس للآخر حق المشاركة . وجه الرد أن الدين بالموت يتعلق بالتركة إذ الذمة غربت بالموت ، ولهذا لو استوفى أحدهما حقه من التركة يشاركه الآخر فيه . فكانت الشهادة مثبته حتى الشركة فتصحقت التهمة ، بخلاف حال حياة المدينين لأنه في الذمة لبقائها لأن المال فلا تتحقق الشركة

قال (ولو شهدا أنه أوصى لهذين الرجلين بجاريته وشهد المشهود لهما أن الميت أوصى لثلاثين بعبد جازت الشهادة بالاتفاق) لأنه لا شركة فلا تهمة (ولو شهدا أنه أوصى لهذين الرجلين بثلاث ماله وشهد المشهود لهما أنه أوصى للشاهدين بثلاث ماله فالشهادة باطلة وكذا إذا شهد الأولان أن الميت أوصى لهذين الرجلين بعبد وشهد المشهود لهما أنه أوصى للأولين بثلاث ماله فهي باطلة) لأن الشهادة في هذه الصورة مثبتة للشركة.

كتاب الخئي

فصل في بيانه

قال (وإذا كان المولود فرج وذكر فهو خئي، وإن كان يبول من الذكر فهو غلام وإن كان يبول من الفرج فهو أنثى) ولأن النبي عليه الصلاة والسلام مثل عنه كيف يورث فقال: من حيث يبول، وعن علي رضي الله عنه مثله، ولأن البول من أي عضو كان فهو دلالة على أنه هو العضو الأصلي الصحيح والآخر بمنزلة العيب (وإن بال منهما فالحكم للأسبق) لأن ذلك دلالة أخرى على أنه هو العضو الأصلي (وإن كانا في السق على السواء، فلا معتبر بالكثرة عند أبي حنيفة رحمه الله. وقالوا: ينسب إلى أكثرهما بولا) لأنه علامة قوة ذلك العضو وكونه عضوا أصليا، ولأن الأكثر حكم الكل في أصول الشرع فيترجح بالكثرة. وله أن كثرة الخروج ليس يدل على القوة لأنه قد يكون لاتساع في أحدهما وضيق في الآخر، وإن كان يخرج منهما على السواء فهو مشكل بالاتفاق لأنه لا مرجح.

قال (وإذا بلغ الخئي وخرجت له لحية أو وصل إلى النساء فهو رجل) وكذا إذا احتلم كما يحتمل الرجل أو كان له ثدي مستو لأن هذه من علامات الذكورة (ولو ظهر له ثدي كثندي المرأة أو نزل له لبن في ثديه أو حاض أو حبل أو أمكن الوصول إليه من الفرج فهو امرأة) لأن هذه من علامات النساء (وإن لم يظهر إحدى هذه العلامات فهو خئي حشك) وكذا إذا تعارضت هذه المعالم.

فصل في أحكامه

قال رضى الله عنه : الأصل في الخفى المشكل أن يؤخذ فيه بالأحوط ، والأولى في أمور الدين وأن لا يحكم بثبوت حكم رفع الشك في ثبوته .

قال (وإذا وقف خلف الإمام قام بين صف الرجال والنساء) لاحتمال أنه امرأة فلا يخلل الرجال كيلا يفسد صلاتهم ولا النساء لاحتمال أنه رجل فتفسد صلاته (فإن قام في صف النساء فأجب إلى أن يعيد صلاته) لاحتمال أنه رجل (وإن قام في صف الرجال فصلاته تامة ويعيد الذى عن يمينه وعن يساره والذى خلفه بمعدته صلاتهم احتياطاً) لاحتمال أنه امرأة .

قال (وأجب إلينا أن يصل بقتاع) لأنه يحتمل أنه امرأة (ويجلس في صلاته جلوس المرأة) لأنه إن كان رجلاً فقد ترك سنة وهو جائز في الجملة ، وإن كان امرأة فقد ارتكب مكروها لأن السر على النساء واجب ما لم يكن (وإن صلى بغير قناع أمرته أن يعيد) لاحتمال أنه امرأة وهو على الاستحباب ، وإن لم يعد أجزأه (وتنبه له أمة تحتته إن كان له مال) لأنه يباح لسوخته النظر إليه رجلاً كان أو امرأة ، ويكره أن يجتهد رجل لأنه عساه أنى أو تحتته امرأة لأنه لعل رجل فكان الاحتياط فيها قلنا (وإن لم يكن له مال ابتاع له الإمام أمة من بيت المال) لأنه أعد لنواب المسلمين (فإذا خشيته باعها ورد ثمنها في بيت المال) لوقوع الاستمئاء عنها (ويكره له في حياته لبس الخفى والحريز وأن يتكشف قدام الرجال أو قدام النساء وأن يخلو به غير محرم من رجل أو امرأة وأن يسافر من غير محرم من الرجال) توقياً عن احتمال المحرم (وإن أحرم وقد راعى ، قال أبو يوسف رحمه الله : لا علم له في لباسه) لأنه إن كان ذكرًا يكره له لبس الخفيط وإن كان أنثى يكره له تركه (وقال محمد رحمه الله : يلبس لباس المرأة) لأن ترك لبس الخفيط وهو امرأة أفحش من لبسه وهو رجل ، ولا شيء عليه لأنه لم يبلغ (ومن حلف بطلاق أو حاق إن كان أول ولد تلديه غلاماً فولدت خنثى لم يقع حتى يستبين أمر الخنثى) لأن الحث لا يثبت بالشك (ولو قال كل عبد لي حر أو قال : كل أمة لي حرة وله مملوك خنثى لم يعتق حتى يستبين أمره) لما قلنا (وإن قال اتقوا لينا جميعاً حقن) ليقين بأحد الوصفين لأنه ليس بمجهول (وإن قال الخنثى أنا رجل أو أنا امرأة لم يقبل قوله إذا كان مشكلاً) لأنه دمرى يخالف قضية الدليل (وإن لم يكن مشكلاً ينهى

أن يقول قوله) لأنه أعلم بحاله من غيره (وإن مات قبل أن يستبين أمره لم يغسله رجل ولا امرأة) لأن غسل النسل غير ثابت بين الرجال والنساء فيتوق لاحتفال الحرمة ، ويسم بالصعيد لغسل الغسل (ولا يحضر إن كان مراهما غسل رجل ولا امرأة) لاحتفال أنه ذكر أو أنثى (وإن سجد قبره فهو أحب) لأنه إن كان أنثى يقيم واجبا وإن كان ذكرا فالنسبية لا تضره (وإذا مات فصلى عليه وعلى رجل وامرأة وضع الرجل يما على الإمام والغنى خلفه والمرأة خلف الخنثى فيؤخر عن الرجل) لاحتفال أنه امرأة (ويقدم على المرأة) لاحتفال أنه رجل (ولو دفن مع رجل في قبر واحد من علو جعل الخنثى خلف الرجل) لاحتفال أنه امرأة (ويحفل بينهما حاجز من صعيد ، وإن كان مع امرأة قدم الخنثى) لاحتفال أنه رجل (وإن جعل على السرى نعش المرأة فهو أحب إلى) لاحتفال أنه حورة (ويمكن كما تكفن الجارية وهو أحب إلى) يعني يكفن في خسة أثواب ، لأنه إذا كان أنثى فقد أقيمت سنة ، وإن كان ذكرا فقد زادوا على الثلاث ولا بأس بذلك (ولو مات أبوه وخلف ابنا فالمال بينهما عند أبي حنيفة رحمه الله أثلاثا ، للابن سهمان والخنثى سهم وهو أنثى عنده في الميراث إلا أنه يقيمن غير ذلك) وقالا : للخنثى نصف ميراث ذكر ونصف ميراث أنثى ، وهو قوله الشافعي رحمه الله .

واخطأ في قياس قوله . قال محمد رحمه الله : المال بينهما على اثني عشر سهما للابن سبعة وللخنثى خمسة . وقال أبو يوسف رحمه الله : المال بينهما على سبعة للابن لأربعة وللخنثى ثلاثة لأن الابن يستحق كل الميراث عند الأفراد ، والخنثى ثلاثة الأوباع ، فعند الاجتماع يقيم بينهما على قدر حقيهما ، هذا يضرب بثلاثة وذلك يضرب بأربعة فيكون سبعة . ومحمد رحمه الله : أن الخنثى لو كان ذكرا يكون المال بينهما نصفين وإن كان أنثى يكون المال بينهما أثلاثا احتجنا إلى حساب له نصف وثلاث وأقل ذلك ستة ، ففي حال يكون المال بينهما نصفين لكل واحد ثلاثة وفي حال يكون أثلاثا للخنثى سهمان وللابن أربعة سهمان للخنثى ثابتن يقيمن ، ووقع الشك في السهم الزائد فينصف فيكون له سهمان ونصف فانكسر فينصف ليزول الكسر فصار الحساب من اثني عشر للخنثى خمسة وللابن سبعة ولأبي حنيفة رحمه الله أن الحاجة ههنا إلى إثبات المال ابتداء والأكل وهو ميراث الأممي متيقن به ولها زاد عليه شك فأثبتنا المتيقن نصرا عليه لأن المال لا يجب بالشك وصار كما إذا كان للملك في وجوب المال بسبب كفر ظنه يؤخذ بالمتيقن كلها هذا إلا أن يكون نصيبه

الأكل لو قدرناه ذكرا فحينئذ يعطى نصيب الابن في تلك الصورة لكونه متيقنا به وهو أن تكون الورثة زوجا وأما وأختا لأب وأم هي خنثى أو امرأة وأخوين لأم وأختا لأب وأم هي خنثى؛ فعندنا في الأول للزوج النصف وللأم الثلث والباقي للخنثى، وفي الثانية للمرأة الربع، وللأخوين لأم الثلث، والباقي للخنثى لأنه أقل النصيبين فيها، والله أعلم بالصواب.

مسائل شتی

قال (وإذا قرئ على الأخرس كتاب وصيته فقبل له : أنشهد عليك بما في هذا الكتاب غلوماً برأسه إى نم أو كتب فلما جاء من ذلك ما يعرف أنه إقرار لغيره جاز ولا يجوز ذلك في الذي يعتقل لسانه) وقال الشافعي رحمه الله : يجوز في الوجهين لأن المجوز إنما هو العجز وقد سهل الفصلين ، ولا فرق بين الأصل والعارض كالوحي والمتوحش من الأهل في حق الذكاة . والفرق لأصحابنا رحمهم الله أن الإشارة إنما تعتبر إذا صارت معهودة معلومة وذلك في الأخرس دون المعتقل لسانه ، حتى لو امتد ذلك وصارت له إشارات معلومة قالوا هو بمنزلة الأخرس ، ولأن التفریط جاء من قبله حيث أخر الوصية إلى هذا الوقت ؟ أما الأخرس فلا تفریط منه ولأن العارض على شرف الزوال دون الأصل فلا ينقاسان وفي الآداة عرفناه بالنص .

قال (وإذا كان الأخرس يكتب كتاباً أو يؤيِّمُ إيماءً يعرفه فإنه يجوز نكاحه وطلاقه وعتاقه وبيعه وشراؤه وقبض له ومنه ولا يحد ولا يعد له) أما الكتابة فلائها ممن نأى بمنزلة الخطاب ممن دنا ، ألا ترى أن النبي عليه الصلاة والسلام أدى واجب التبليغ مرقباً بالصارة وثارة بالكتابة إلى الغيب والمحور في حق الغائب العجز وهو في حق الأخرس أظهر وأكرم . ثم الكتاب على ثلاث مراتب مستتين مرسوم وهو بمنزلة النطق في الغائب والحاضر على ما قالوا . ومستين غير مرسوم كالكتابة على الجداول وأوراق الأشجار وينزى فيه لأنه بمنزلة صريح الكتابة فلا بد من النية . وغير مستين كالكتابة على الحوله والماء . وهو بمنزلة كلام غير مسموع فلا يثبت به الحكم .

وأما الإشارة فجعلت حجة في حق الأخرس في حق هذه الأحكام الحاجة إلى ذلك لأنها من حقوق العباد ولا تخص بلفظ دون لفظ وقد ثبت بدون اللفظ والخصاص حق

العبد أيضا ، ولا حاجة إلى الحدود لأنها حق الله تعالى ، ولأنها تندرى بالشبهات ولمه كان مصدقا للقذف فلا يحد للشبهة ، ولا يحد أيضا بالإشارة في القذف لانعدام القذف صريحا وهو الشرط . ثم الفرق بين الحدود والقصاص أن الحد لا يثبت ببيان فيه شبهة ، ألا ترى أنهم لو شهدوا بالوطء الحرام أو أقر بالوطء الحرام لا يجب الحد ، ولو شهدوا بالقتل المطلق أو أقر بمطلق القتل يجب النصاص وإن لم يوجد لفظ التعمد وهذا لأن القصاص فيه معنى العوضية لأنه شرع جابرا فجاز أن يثبت مع الشبهة كسائر المعاوزات التي هي حق العبد .

أما الحدود الخالصة لله تعالى فشرعت زواجر وليس فيها معنى العوضية فلا تثبت مع الشبهة لعدم الحاجة . وذكر في كتاب الإقرار أن الكتاب من الغائب ليس بحجة في قصاص يجب عليه ، ويحتمل أن يكون الجواب هنا كذلك فيكون فيها روايتان ، ويحتمل أن يكون مفارقا لذلك لأنه يمكن الوصول إلى نطق الغائب في الجملة لقيام أهلية النطق ولا كذلك الآخرس لتعذر الوصول إلى النطق للآفة المانعة ، ودلت المسئلة على أن الإشارة معتبرة وإن كان قادرا على الكتابة ، بخلاف ما توهمه بعض أصحابنا رحمهم الله أنه لا تعتبر الإشارة مع القدرة على الكتابة لأنه حجة ضرورية ، ولا ضرورة لأنه جمع ههنا بينهما فقال أشار أو كتب ، وإنما استويا لأن كل واحد منهما حجة ضرورية . وفي الكتابة زيادة بيان لم يوجد في الإشارة ، وفي الإشارة زيادة أثر لم يوجد في الكتابة لما أنه أقرب إلى النطق من آثار الأقلام فاستويا (وكذلك الذي صمت يوما أو يومين لعارض) لما بينا في المحتفل لسانه أن آلة النطق قائمة ، وقيل هذا تفسير لمحتفل اللسان .

قال (وإذا كانت الغنم مذبوحة وفيها مية فإن كانت المذبوحة أكثر تحرى فيها وأكل وإن كانت المية أكثر أو كانا نصفين لم يؤكل) وهذا إذا كانت الحالة حالة الاختيار أما في حالة الضرورة يحل له تناول في جميع ذلك لأن المية المتيقنة تحل له في حالة الضرورة ، فائق تحتمل أن تكون ذكية أولى غير أنه يتحرى لأنه طريق يوصله إلى الذكية في الجملة فلا يتركه من غير ضرورة . وقال الشافعي رحمه الله : لا يجوز الأكل في حالة الاختيار وإن كانت المذبوحة أكثر لأن التحرى دليل ضروري فلا يصار إليه من غير ضرورة ولا ضرورة لأن الحالة حالة الاختيار . ولنا أن الغلبة تنزل منزلة الضرورة في إفادة

الإباحة، ألا ترى أن أسواق المسلمين لا تخلو عن المحرم المروق والمغصوب ومع ذلك
يباح تناول احتاداً على الغالب، وهذا لأن القليل لا يمكن الاحتراز عنه ولا يستطاع
الامتناع عنه فحفظ احتجابه دفعاً للحرص كقليل النجاسة وقليل الانكشاف، بخلاف
ما إذا كانا نصفين أو كان الميتة أغلب لأنه لا ضرورة فيه، والله أعلم بالصواب وإليه
المرجع والمآب.

بإذن الله تعالى قد تم طبع كتاب

المسنداية شرح بداية المبتدى

مصححاً بمعرفة لجنة التصحيح

بشركة مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده بمصر

القاهرة في { ٢٧ لهجبة سنة ١٣٨٤ هـ
٢٩ ربيع سنة ١٩٦٥ م

فهرس

الجزء الرابع من الهداية

صفحة	موضوع	صفحة
٤٩	باب دعوى الغلط في القصة والاستحقاق فيها :	٣ كتاب المأذون
٥٠	فصل وإذا استحق بعض نصيب أحدهم بيمينه	١٠ فصل وإذا أذنول الصبي للصبي في التجارة الخ
٥١	فصل في المهايأة	١١ كتاب القصب
٥٢	كتاب المزبوعة ٥٩ كتاب المسألة	١٥ فصل فيما يتغير بفعل الغاصب
٦٢	كتاب الذبائع	١٨ فصل ومن قصب عينا فنيها الخ
٦٧	فصل فيما يحل محل أكله وما لا يحل	٢١ فصل في غصب ما لا يتقوم
٧٠	كتاب الأقضية	٢٤ كتاب الشفعة
٧٨	كتاب الكراهية	٢٦ باب طلب الشفعة والمقصومة فيها
	فصل في الأكل والشرب	٣٠ فصل في مسائل الاختلاف
٨١	فصل في اللبس	٣١ فصل فيما يؤخذ به المتشوق
٨٣	فصل في القوطه والنظر والشمس	٣٣ فصل وإذا بنى المشتري فيها أو هرس الخ
٨٨	فصل في الاستبراء وبغيره	٣٤ باب ما يجب فيه الشفعة وما لا يجب
٩١	فصل في البيع	٣٧ باب ما يطل به الشفعة
٩٤	مسائل متفرقة	٣٩ فصل وإذا باع دارا إلا مقدار ذراع منها الخ
٩٨	كتاب إحياء الموات	٤٠ مسائل متفرقة
١٠٣	فصل في الميتة	٤١ كتاب القصة
١٠٥	فصل في كوى الأكل	٤٤ فصل فيما يقسم وما لا يقسم
١٠٦	فصل في الدعوى والاختلاف	٤٦ فصل في كيفية القصة
	وقصر فيه	

صفحة	موضوع
١٠٨	كتاب الأثرية
١١٤	فصل في طبخ العصير
١١٥	كتاب الصيد
	فصل في الجوارح
١٢١	فصل في الرمي
١٢٦	كتاب الرهن
١٣٢	باب ما يجوز ارتهانه والارتهان به
	وما لا يجوز
١٤٠	فصل ومن رهن حبلين بألف الخ
١٤١	باب الرهن يوضع على يد العدل
١٤٥	باب التصرف في الرهن والحناية
	عليه الخ
١٥٥	فصل ومن رهن عصيرا الخ
١٥٨	كتاب الجبايات
١٦٠	باب ما يوجب القصاص وما لا يوجبه
١٦٤	فصل ومن شمر على المسلمين صبغا
	فعلهم أن يقتلوه
١٦٥	باب القصاص فيم دون النفس
١٦٧	فصل وإذا اصطاح القاتل الخ
١٧٠	فصل ومن قطع يد رجل خطأ الخ
١٧٣	باب الشهادة في القتل
١٧٥	باب في اعتبار حالة القتل
١٧٧	كتاب الديات
١٧٩	فصل فيما دون النفس
١٨٢	فصل في الشجاج
١٨٤	فصل وفي أصابع اليد نصف الدية
١٨٩	فصل في الحنن
١٩١	باب ما يحدث الرجل في الطريق
١٥٩	فصل في الحائط المائل
١٩٧	باب جنابة البيعة والجنابة عليها
٢٠٣	باب جنابة المملوك والجنابة عليه
٢٠٩	فصل ومن قتل عبدا خطأ الخ
٢١٢	فصل في جنابة المدبر وأم الولد
٢١٣	باب غصب العبد والمدبر والعصى
	والحنابة في ذلك
٢١٦	باب القسامة
٢٢٤	كتاب المعاقل
٢٣١	كتاب الوصايا
	باب في صفة الوصية ما يجوز من ذلك
	وما يستحب منه وما يكون رجوعا عنه
٢٣٦	باب الوصية بثلاث المال
٢٤٤	فصل في اعتبار حاله الوصية الخ
٢٤٥	باب العتق في مرض الموت
٢٤٧	فصل ومن أوصى بوصايا الخ
٢٤٩	باب الوصية للأقارب وغيرهم
٢٥٢	باب الوصية بالسكنى وخدمة وغيره
٢٥٦	باب وصية الذی
٢٦٢	باب الوصی وما يملكه
٢٦٥	فصل في الشهادة
٢٦٦	كتاب الخنثى
	فصل في بيانه
٢٦٧	فصل في أحكامه
٢٦٩	مسائل شتى

شركة مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده بمصر
محمود نقار الحلبي وشركاه - خلفاء



Bibliotheca Alexandrina



0593936